

Sygn. akt: KIO 2695/10

**WYROK**

**z dnia 22 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**

**Aneta Mlącka**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 grudnia 2010 r. przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy, ul. Gościeradowska 5, 03-535 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Partner” Dariusz Apelski, ul. Daszyńskiego 98/22, 06-100 Pułtusk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy unieważnienie czynności odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki.**

2. kosztami postępowania obciąża **Dariusza Apelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Partner” Dariusz Apelski, ul. Daszyńskiego 98/22, 06-100 Pułtusk** i nakazuje:

1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2) dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Dariusza Apelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Partner” Dariusz Apelski, ul. Daszyńskiego 98/22, 06-100 Pułtusk** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „wywóz nieczystości stałych z budynków mieszkalnych oraz terenów znajdujących się w zasobach ZGN w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy z siedzibą przy ul. Gościeradowskiej 5 w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 listopada 2010r. pod nr 379516.

Pismem z dnia 8 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1. pkt 6 Pzp oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy BYŚ Wojciech Byśkiniewicz z siedzibą w Warszawie. Zamawiający odstąpił od przeprowadzenia aukcji elektronicznej i dokonał wyboru oferty złożonej przez firmę Partner z siedzibą w Pułtusku.

Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. (dalej MPO) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia złożonej oferty zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez uznanie, że złożona oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty MPO, powtórzenie czynności badania i oceny oferty MPO, poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie MPO, przeprowadzenie aukcji elektronicznej, dopuszczenie MPO do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący wyjaśnił, iż w rozdziale 22 siwz „Sposób obliczania ceny oferty” zamawiający określił, iż cena ofertowa wynika z wypełnionego formularza oferty. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż w formularzu oferty należy podać cenę całkowitą brutto, stawkę VAT, kwotę podatku VAT oraz wartość całkowitą netto, za realizację całości zamówienia. Zgodnie z powyższym, w pkt. 1 Formularza oferty, odwołujący wpisał właściwą „wartość całkowitą netto” za wykonanie przedmiotu zamówienia, zarówno cyfrowo, jak i słownie. Podana „wartość całkowita netto”, jest wynikiem właściwie przeprowadzonych operacji matematycznych uwidoczonych w tabeli, w pkt. 1 „Formularza oferty”. W kolumnie 5 „cena jedn. w zł”, w kolejnych 10 wierszach, odwołujący podał właściwe ceny jednostkowe netto za poszczególne 10 rodzajów usług wymienionych przez zamawiającego w wierszach tabeli ponumerowanych od 1 do 10. Następnie, odwołujący, zgodnie z dyspozycją zamawiającego nakazującą, w kolumnie 6 „cena netto zł”, wpisanie iloczynu wartości wierszy z kolumny 4 „Ilość jedn.” i wartości z odpowiednich wierszy kolumny 5 „cena jedn. w zł”, dokonał w sposób właściwy przemnożenia kolejnych dziesięciu wierszy kolumny 4 przez

odpowiednie dziesięć wierszy kolumny 5. W wyniku wyżej wykonanych operacji, odwołujący w kolejnym wierszu „Razem cena netto” zsumował wartości powyższych dziesięciu wierszy z kolumny 6, uzyskując tym samym „wartość całkowitą netto”. W następnym wierszu „Obowiązująca stawka VAT%” odwołujący właściwie podał stawkę VAT w wysokości 7%, natomiast w wyniku popełnienia „oczywistej omyłki rachunkowej” w tymże wierszu kolumny 6 podał wartość podatku nie będącą iloczynem podanych przez siebie wartości wiersza „RAZEM cena netto” i podanej stawki VAT 7%, w wierszu „Obowiązująca stawka VAT %”. Wynikiem wskazanej oczywistej omyłki rachunkowej jest wartość podana w wierszu „OGÓŁEM cena brutto” stanowiąca sumę „wartości netto oferty” i kwoty VAT nie wynikającej z wyliczonej przez odwołującego „wartości netto oferty” oraz podanej przez odwołującego stawki VAT 7%. W wyniku wyżej przeprowadzonych operacji, odwołujący w ofercie wpisał wartość całkowitą netto w kwocie 363.764,00 zł, podał stawkę podatku VAT 7% oraz kwotę podatku VAT 29.181,12 zł, co po zsumowaniu dało kwotę 393.945,12 zł. Zsumowana kwota jest nieprawidłowa, gdyż odwołujący omyłkowo pomnożył wartość całkowitą netto przez inną niż wskazał w formularzu oferty, stawkę podatku VAT, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego wyniku przeprowadzanego działania arytmetycznego.

W ocenie odwołującego, powyższy błąd stanowi oczywistą omyłkę rachunkową w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Charakter popełnionej omyłki pozwala na jej dostrzeżenie bez potrzeby posiadania specjalistycznej wiedzy w tym zakresie. Popełniona omyłka ma charakter oczywisty i mogła zostać dostrzeżona przez zamawiającego bez potrzeby sięgania do innych dokumentów.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty powinien zwrócić się do odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający jest także zobowiązany do poprawienia niektórych omyłek w ofercie. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaniechał skorzystania z tego uprawnienia, wskutek czego niewłaściwie zinterpretował treść oferty, co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego jej odrzucenia. Zamawiający powinien poprawić w ofercie odwołującego oczywistą omyłkę rachunkową, przez pomnożenie wartości całkowitej netto, tj. kwoty 363.764,00 zł przez stawkę podatku VAT 7%. W konsekwencji zamawiający winien przeprowadzić aukcję elektroniczną.

Powołując poglądy doktryny i orzecznictwo KIO odwołujący wskazał, iż w złożonej ofercie doszło do „błędu technicznego”, w przeprowadzonych czynnościach arytmetycznych. Stawka podatku VAT podana przez odwołującego jest właściwa dla przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 16 grudnia 2010 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu oraz wniósł o umorzenie

postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, iż błąd w ofercie odwołującego polegał na nieprawidłowym wyliczeniu wartości podatku VAT od prawidłowo podanej stawki podatku VAT wysokości 7 %, a zatem na błędnie przeprowadzonym działaniu arytmetycznym, co stanowi omyłkę rachunkową przy obliczeniu ceny, podlegającą poprawieniu.

Pismem z dnia 17 grudnia 2010 r. wykonawca Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Partner” Dariusz Apelski zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, iż omyłka w ofercie odwołującego nie ma charakteru oczywistego. Wartość podatku VAT wskazana w formularzu ofertowym stanowi 8 % ceny netto, a więc odnosi się do stawki podatku VAT nieobowiązującej w polskim systemie podatkowym na dzień składania ofert. Jednakże, w związku ze zmianami wprowadzonymi w art. 19 „Rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej” stawka ta będzie obowiązywać od dnia 1 stycznia 2011 r., a więc w okresie obowiązywania umowy. Przyjmując nieprawidłową stawkę podatku VAT odwołujący w sposób błędny dokonał kalkulacji ceny oferty. Przystępujący wskazał, iż w tym przypadku oczywiste jest bardziej to, iż odwołujący wpisał nieprawidłową cyfrę przy stawce podatku VAT, na co wskazuje kwota podatku wyliczona od ceny netto oferty. Zatem jedyną omyłką rachunkową, o której można mówić w tym przypadku jest błędne wskazanie cyfry 7% zamiast 8%. Błędne określenie ceny brutto, stanowiącej sumę ceny netto oraz iloczynu nieistniejącej stawki podatku VAT oraz ceny netto, stanowi błąd w obliczeniu ceny.

W toku posiedzenia z udziałem stron przystępujący wniósł do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w którym zamawiający przewidział aukcję elektroniczną. Zamawiający zastrzegł, że aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona, jeżeli zostaną złożone, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. W postępowaniu zostały złożone 4

oferty. Dwie spośród złożonych ofert, w tym oferta odwołującego zostały odrzucone. W wyniku odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący, który zaoferował najniższą cenę spośród złożonych ofert, został pozbawiony możliwości udziału w aukcji i ubiegania się o uzyskanie zamówienia. W przypadku stwierdzenia, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego, odwołujący mógłby ponieść stratę w wyniku niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący wykazał bowiem, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu.

W rozpoznanej sprawie bezsporne są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty (rozdział 22 siwz). Zamawiający określił, iż cena ofertowa wynika z wypełnionego formularza oferty i wymagał, aby w formularzu oferty podać cenę całkowitą brutto, stawkę VAT, kwotę podatku VAT i wartość całkowitą netto, za realizację całości zamówienia.

Zgodnie z powyższymi wymaganiami specyfikacji, w pkt. 1 Formularza oferty, odwołujący podał „RAZEM cena netto” za wykonanie przedmiotu zamówienia, będącą wynikiem zsumowania cen netto za poszczególne 10 rodzajów usług wymienionych przez zamawiającego w wierszach tabeli. W wierszu „Obowiązująca stawka VAT%” odwołujący właściwie podał stawkę VAT w wysokości 7%. Obliczając wartość podatku podał kwotę, która nie jest iloczynem podanych przez siebie wartości wiersza „RAZEM cena netto” i podanej stawki VAT 7%. Wartość podana w wierszu „OGÓŁEM cena brutto” stanowiąca sumę „wartości netto oferty” i kwoty podatku VAT nie odpowiada wynikowi wyliczonej przez odwołującego „wartości netto oferty” oraz podanej przez odwołującego stawki VAT w wysokości 7%.

Odwołujący wyjaśnił, iż zsumowana kwota jest nieprawidłowa, gdyż odwołujący omyłkowo pomnożył wartość całkowitą netto przez inną niż wskazał w formularzu oferty, stawkę podatku VAT, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego wyniku przeprowadzanego działania arytmetycznego.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania w niniejszej sprawie, że w ofercie odwołującego popełniony został błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Za taki błąd nie może być uznana sytuacja, w której pomimo zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT (7%) oraz podania prawidłowej kwoty ceny netto obliczonej zgodnie z wymaganiami siwz, obliczona kwota podatku VAT, stanowiąca

wynik działania arytmetycznego (iloczynu ceny netto i stawki podatku VAT), jest nieprawidłowa, co w konsekwencji prowadzi do błędnego obliczenia ceny brutto.

W ocenie Izby, powyższy błąd stanowi oczywistą omyłkę rachunkową w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, popełnioną przy obliczeniu ceny. Izba zważyła, iż przez błąd w obliczeniu ceny, zgodnie z ww. przepisem w związku z art. art. 84 k.c. oraz w związku z art. 14 Pzp, należy rozumieć błąd w oświadczeniu woli, a zatem taki sposób obliczenia ceny, który został dokonany merytorycznie niezgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (ustawa o podatku od towarów i usług).

W przedmiotowej sprawie powyższe niezgodności nie wystąpiły. Odwołujący zastosował zasady obliczenia ceny zgodnie z postanowieniami specyfikacji i przyjął prawidłową stawkę podatku, co było bezsporne pomiędzy stronami. Popełniona omyłka polegała zatem wyłącznie na błędnie wykonanym działaniu arytmetycznym, a jej dostrzeżenie nie wymaga posiadania jakiegokolwiek specjalistycznej wiedzy w tym zakresie lub zasięgnięcia dodatkowych informacji u wykonawcy, co stanowiłoby wyraz niedozwolonych negocjacji dotyczących treści oferty, stosownie do art. 87 ust. 1 Pzp. Jednocześnie nie sposób zgodzić się z przystępującym, iż omyłka polegała na wpisaniu stawki VAT 7% zamiast stawki 8%, która odpowiada podanej kwocie podatku. Oczywiście jest, iż przy obliczaniu wartości podatku konieczne jest w pierwszej kolejności ustalenie stawki podatku VAT, a następnie obliczenie kwoty podatku, a nie odwrotnie.

Uwzględniając powyższe okoliczności Izba uznała, że zamawiający jest zobowiązany do poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej przy obliczeniu ceny na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, przez obliczenie kwoty podatku VAT od ceny netto z zastosowaniem stawki 7%, a następnie obliczenie prawidłowej ceny brutto, przez zsumowanie ceny netto i prawidłowo obliczonej kwoty podatku VAT. Wobec powyższego zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....