

Sygn. akt: KIO 98/12

POSTANOWIENIE

z dnia 24 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Przemysław Dzierzędzki

Sylwester Kuchnio

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w Warszawie w dniu **24 stycznia 2012 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **16 stycznia 2012 r.** przez wykonawcę: **Firma „Gwarant” – Tomczyk Spółka Jawna, Rynek 3a, 67-200 Głogów**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto St. Warszawa Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany, ul. Przybyszewskiego 80/82, 01-824 Warszawa,**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Firmy „Gwarant” – Tomczyk Spółka Jawna, Rynek 3a, 67-200 Głogów kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług opiekuńczych dla klientów Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10.11.2011 r. pod nr 2011/S 216 - 352374, w dniu 16 stycznia 2012r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez Firmę „Gwarant” – Tomczyk Spółka Jawna z siedzibą w Głogowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie wezwania odwołującego w dniu 10 stycznia 2012 r. o złożenie oferty dodatkowej oraz powzięcia wiadomości w dniu 11 stycznia 2012 r. o dokonaniu poprawy błędnej stawki podatku VAT w ofertach wykonawców: Fundacja „Zdrowie” z siedzibą w Warszawie oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polski Komitet Pomocy Społecznej z siedzibą w Warszawie - poprzez wpisanie w polu „kwota podatku VAT według stawki VAT, „zw” w miejsce symbolu „0” - jako oczywistej omyłki pisarskiej, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miastu St. Warszawa Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), zwaną ustawą Pzp, tj.:

1. art. 7 ust. 1 ustawy, przez dokonanie czynności poprawienia ofert wykonawców: Fundacja „Zdrowie” z siedzibą w Warszawie oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polski Komitet Pomocy Społecznej z siedzibą w Warszawie, w sytuacji braku ustawowej przesłanki dokonania takiej czynności oraz oceny ww. ofert, mimo że podlegają one odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji nieuprawnionemu wezwaniu odwołującego i Fundacji „Zdrowie” do złożenia ofert dodatkowych na podstawie art. 91 ust. 5 ustawy Pzp, przez co doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przez jego zastosowanie, pomimo braku wystąpienia przesłanek do zastosowania ww. przepisu i poprawienia ofert w trybie tzw. „oczywistej omyłki pisarskiej,”
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie

odrzućenia ofert wykonawców: Fundacja „Zdrowie”, oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polski Komitet Pomocy Społecznej, zawierających nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny, poprzez podanie stawki podatku od towarów i usług VAT niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2011 r. Nr 177 poz. 1054) ze zm.),

4. art. 91 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie, pomimo braku w niniejszym postępowaniu ważnych ofert o takiej samej cenie, a w konsekwencji zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,

5. art. 5 K.c., art. 58 § 1 i 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 (oczywista omyłka pisarska) ofert wykonawców: Fundacja „Zdrowie”, z siedzibą w Warszawie oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polski Komitet Pomocy Społecznej z siedzibą w Warszawie,

2. unieważnienia czynności wezwania odwołującego i Fundacji „Zdrowie” do złożenia ofert dodatkowych na podstawie art. 91 ust. 5 ustawy Pzp,

3. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,

4. odrzućenia ofert wykonawców: Fundacja „Zdrowie” oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, jako zawierających błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji wykluczenie ich z postępowania.

5. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że pismem datowanym na dzień 4 stycznia 2012 r. zamawiający przesłał wykonawcom: Fundacja „Zdrowie” oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polski Komitet Pomocy Społecznej informację, iż działając zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprawił w ich ofertach oczywiste omyłki pisarskie, polegające na wskazaniu błędnej stawki podatku VAT, poprzez wpisanie w formularz ofertowy, w polu „kwota podatku VAT według stawki VAT „Zw” zamiast wpisanego symbolu „0 %.” Odwołujący o powyższej czynności powziął wiadomość dnia 11 stycznia 2012 r., kiedy to zamawiający udostępnił mu treść ww. pism. Następnie zamawiający w dniu 10 stycznia 2012 r. wezwał odwołującego się do złożenia oferty dodatkowej na podstawie art. 91 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że oferty wykonawców: Fundacja Zdrowie oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej zawierają błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT - 0 %, zamiast prawidłowej stawki -

zwolniony. Natomiast są to dwie różne stawki podatkowe, których zastosowanie rodzi różne konsekwencje formalno-prawne. Pomimo rozbieżności w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w chwili obecnej znane jest stanowisko prezentowane w uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11), że takie działanie wykonawcy stanowi błąd w obliczeniu ceny i winno skutkować wyeliminowaniem wskazanych wykonawców z postępowania. Następnie zamawiający wezwał odwołującego oraz wykonawcę Fundacja „Zdrowie” do złożenia ofert dodatkowych, ponieważ w jego ocenie, wypełniły się przesłanki zastosowania art. 91 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że przepis art. 41 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t. j. Dz. U. z 2011 Nr 177, poz. 1054 ze zm.), reguluje kwestie dotyczące stawek jakimi opodatkowane są czynności opisane w tej ustawie. Zgodnie z przytaczaną ustawą, stawka VAT, wynosząca „0%” jest stawką szczególną, która ma zastosowanie do: wewnątrzspółnotowej dostawy towarów (art. 41 ust. 3 ustawy VAT, po spełnieniu warunków przewidzianych w art. 42 ust. pkt 1 i 2 ustawy VAT), eksportu towarów (art. 41 ust. 4 ustawy VAT), eksportu towarów, dokonywanym przez rolników ryczałtowych (art. 41 ust. 5 podatku VAT). Wskazywał, że opodatkowanie czynności wynikających z ustawy VAT stawką „0 %” dotyczy tych czynności, które wiążą się z przemieszczaniem towarów poza granice Polski, ponieważ niezależnie od tego, czy czynności te wykonywane są na rzecz partnerów z Unii Europejskiej, czy pozostałych krajów, jednym z warunków stosowania tej stawki jest, aby towar opuścił terytorium Polski. Dodatkowy katalog czynności opodatkowanych stawką „0%” oraz warunki stosowania obniżonej stawki został unormowany w rozdziale 5 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 73, poz. 392 ze zm.). Wśród wymienionych tam czynności nie ma usług związanych ze świadczeniem usług opiekuńczych. Istotnym elementem opodatkowania czynności przewidzianych w ustawie o VAT stawką „0 %,” są prawa jakie posiadają podatnicy stosujący taką stawkę. Przywileje te wiążą się z ustalaniem zobowiązania z tytułu tego podatku. Specyfiką podatku od towarów i usług jest to, że dla określenia ostatecznego zobowiązania, należy w pierwszej kolejności ustalić podatek naliczony, który stanowi sumę podatku zapłaconego w momencie zakupu towarów i usług, ponadto ustala się wysokość podatku należnego, a więc tego który naliczony został w momencie sprzedaży. Następnie ustala się różnicę jaka powstaje pomiędzy podatkiem należnym, a podatkiem naliczonym. Jeżeli wartość podatku należnego przekracza wartość podatku naliczonego nadwyżkę należy wpłacić na rachunek właściwego urzędu skarbowego. W przypadku jednak, gdy wartość podatku naliczonego przewyższa wartość podatku należnego powstaje nadwyżka, którą urząd skarbowy jest zobowiązany zwrócić na rachunek podatnika. Ta sytuacja występuje najczęściej wtedy, gdy dokonujący zakupów towarów i usług opodatkowuje sprzedaż swoich towarów lub świadczonych usług

stawką „0%.” Stanowi to istotną korzyść dla takiego podatnika polegającą między innymi na możliwości odzyskania całego podatku naliczonego. Ustawa o VAT, oprócz czynności opodatkowanych wymienia także czynności, które podmiotowo lub przedmiotowo są od tego podatku zwolnione. Czynności zwolnione od podatku VAT uregulowane zostały w art. 43 ustawy VAT. Wśród usług tych znajdują się między innymi:

- usługi w zakresie opieki medycznej,
- usługi pomocy społecznej w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej oraz usługi określone w przepisach o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, a także dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, na rzecz beneficjenta tej pomocy, wykonywane przez: regionalne ośrodki polityki społecznej, powiatowe centra pomocy rodzinie, ośrodki pomocy społecznej, rodzinne domy pomocy, ośrodki wsparcia i ośrodki interwencji kryzysowej, wpisane do rejestru prowadzonego przez wojewodę: domy pomocy społecznej prowadzone przez podmioty posiadające zezwolenie wojewody, placówki opiekuńczo-wychowawcze i ośrodki adopcyjno - opiekuńcze, placówki specjalistycznego poradnictwa, inne placówki zapewniające całodobową opiekę osobom niepełnosprawnym, przewlekle chorym lub osobom w podeszłym wieku na podstawie zezwolenia wojewody, wpisane do rejestru prowadzonego przez wojewodę, specjalistyczne ośrodki wsparcia dla ofiar przemocy w rodzinie;
- usługi opieki nad osobami niepełnosprawnymi,
- usługi w zakresie opieki nad dziećmi i młodzieżą oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną, wykonywane: w formach i na zasadach określonych w przepisach o pomocy społecznej oraz w przepisach o systemie oświaty, przez podmioty sprawujące opiekę nad dziećmi w wieku do 3 lat.

Odwołujący wywodził, iż z powyższego wynika, że zwolnieniem od podatku objęte jest świadczenie usług opiekuńczych, co oznacza, że nie mogą być one opodatkowane stawką podatku VAT w wysokości „0%.” Przywilej taki nie przysługuje podatnikowi dokonującemu sprzedaży zwolnionej od podatku, w jego przypadku cały naliczony podatek VAT stanowi koszty uzyskania przychodu, co zmniejsza jego dochody.

Zamawiający dokonując poprawy w ofertach wykonawców stawki podatku VAT jako „oczywistej omyłki pisarskiej”, stwierdził jednak że kwota należnego podatku VAT określona została w sposób prawidłowy, w wysokości „0” zł w związku z czym cena oferty brutto jest tożsama z ceną oferty netto.

Powyższe stanowisko odwołujący uznał za zasadniczo błędne, gdyż różnica pomiędzy stawką podatku VAT „0%,” a sytuacją „zwolnienia” tylko pozornie nie pociąga za sobą żadnych konsekwencji. Co do zasady bowiem niniejszy stan faktyczny nie różni się od sytuacji w której wykonawca złożyłby ofertę z ceną, w której wskazałby VAT w stawce 8 % zamiast 23 %. Bowiem od tego, czy dana czynność jest opodatkowana czy też zwolniona,

zależać będzie prawo podatnika do odliczenia podatku naliczonego. Wynika to wprost z art. 86 ust. 1 ustawy o VAT, który stanowi, iż „W zakresie, w jakim towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych, podatnikowi przysługuje prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego" (z pewnymi wyjątkami). Tym samym, z punktu odliczenia podatku naliczonego wynikającego z faktur dokumentujących zakup towarów i usług - niezwykle istotne jest to, czy zakupy te służą wykonywaniu czynności opodatkowanych czy zwolnionych. Należy wziąć pod uwagę, iż w celu realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawcy zobowiązani będą ponieść szereg wydatków związanych z wyposażeniem pracowników (np. rękawice lateksowe, rękawiczki, mydła, odzież robocza, artykuły Bhp, bilety na przejazdy dla pracowników, paliwo dla pracowników posługujących się samochodami prywatnymi do celów służbowych, identyfikatory dla pracowników, ulotki informacyjne dla klientów z danymi kontaktowymi do firmy), prowadzeniem biura (np. zakup znaczków pocztowych, materiałów biurowych, wyposażeniem biur, oprogramowaniem komputerowym, opłatami za wynajem pomieszczeń, opłatami za media (telefon, Internet, prąd, ogrzewanie), oraz inne np. usługi bankowe, IT, ksero i inne. Sprzedaż, do której ma zastosowanie stawka podatku VAT „0%,” to sprzedaż opodatkowana, mimo iż podatek należny od niej nie występuje (zawsze wynosi 0). Tym samym w przypadku zakupów związanych z tą sprzedażą, podatnikowi przysługuje prawo do odliczenia podatku naliczonego (w związku z powyższym wykonawca obliczając cenę oferty, przy uwzględnieniu stawki podatku „0%” miał podstawy by skalkulować pomniejszenie ceny oferty o zwrot podatku naliczonego przy zakupie towarów i usług niezbędnych do realizacji zamówienia). Innymi słowy odliczyłby sobie cały VAT zapłacony w cenach wydatków poniesionych w celu realizacji usług - tu usług opiekuńczych.

Odwołujący zaznaczał, że inaczej jest w przypadku sprzedaży zwolnionej - tutaj prawo do odliczenia VAT naliczonego od nabycia towarów i usług na potrzeby takiej sprzedaży nie przysługuje (zatem koszty jakie poniesie wykonawca w związku z realizacją zamówienia nie będą mogły zostać pomniejszone o naliczony już podatek VAT). Dla przykładu, wykonawca stosując stawkę „zw” nie będzie mógł odliczyć VAT-u od zakupionych na firmę samochodów, które są niezbędne do należytej realizacji usługi, a które stanowią zasadniczy koszt w wydatkach firmy. Wykonawca stosując zerową stawkę VAT-u będzie więc zasadniczo uprzywilejowany odliczając VAT od takiego zakupu w 5 - letnim okresie rozliczeniowym. W skali roku odliczenia podatku z tego tytułu sięgać mogą nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych. Powyższe powoduje, iż wykonawca stosując stawkę „0%” staje się uprzywilejowany w zakresie ceny, zaś oferty wykonawców nieporównywalne.

Odwołujący powołał się na poglądy wyrażone przez autorów: A. Specht Schampera i W. Chwastyk w artykule pt. „Błędny VAT w ofercie” opublikowanym w styczniowym wydaniu miesięcznika „Przetargi publiczne,” że zgodnie z definicją zawartą w ustawie o cenach -

ostateczna cena mająca decydujące znaczenie dla dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie może zostać ustalona (obliczona) bez uwzględnienia podatku VAT. (...) W orzecznictwie podkreśla się, że wybór oferty najkorzystniejszej powinien być dokonany zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu (art. 7 ust. 1 Pzp). Tak wskazało KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2010 r. (KIO1721/10 i KIO/1746/10): „aby zatem powyższe zasady były zachowane, wymagane jest takie ustalenie przez wykonawców cen ofertowych, aby były one porównywalne, tj oparte o takie same wyznaczniki wyceny. Cena ofertowa ustalana jest przez wykonawców w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców. Niewątpliwą okolicznością jest, że cena ofertowa ustalona jest przez wykonawcę, gdyż zamawiający tego elementu oferty nie może narzucić wykonawcom. Jednakże przy tej generalnej swobodzie, wykonawca jest ograniczony przez konieczność uwzględnienia przy ustaleniu ceny ofertowej zasad przyjętych dla obliczenia ceny z jednej strony przez samego zamawiającego, z drugiej zaś przez obowiązujące przepisy prawa.” Jak dalej zauważyli autorzy publikacji, w przypadku przyjęcia przez wykonawców odmiennej stawki VAT oczywiste jest, że tym samym zastosowane zostaną odmienne kryteria ustalenia ceny. Wykonawcy skorzystają dla jej obliczenia z odmiennego wskaźnika, a przez to z innego algorytmu (...). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi szczególna sytuacja, „w której przyjęcie innej niż wynikająca z obowiązujących w tej mierze przepisów prawa podatkowego stawki VAT ma konsekwencje nie tylko dla wykonawcy (przedsiębiorcy), ale wywołuje skutki także w innej sferze - mianowicie w sferze wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak dalej podkreślili autorzy artykułu: określenie błędnej stawki VAT nie stanowi oczywistej omyłki, widocznej już na pierwszy rzut oka, ponieważ jest ona niczym innym jak przyjęciem błędnego kryterium ustalania ceny. Dlatego też stawka podatku VAT niezgodna z ustawą o podatku od towarów i usług podana w ofercie stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Reasumując, odwołujący dodał, że nie prawdą jest, jak wskazał zamawiający w zawiadomieniu o poprawieniu omyłki „pisarskiej,” że „obliczenie ceny zostało przeprowadzone w sposób całkowicie zgodny z obowiązującymi przepisami.” Po pierwsze wskazał, że zamawiający nie dysponuje wiedzą na temat sposobu kształtowania oferty przez wykonawców. Ma możliwość wniknąć w ten proces jedynie w oparciu o art. 90 ustawy Pzp, a więc w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny. W niniejszym przypadku przepis ten nie miał zastosowania. Tym samym za nieuprawnione przyjął twierdzenia zamawiającego, że „kwota należnego podatku jak i cena brutto zostały obliczone w sposób prawidłowy.” Uznał, że nie może mieć w niniejszym stanie faktycznym zastosowania reguła *a maiori ad minus* przyjęta przez zamawiającego. W konsekwencji wskazywał, że w niniejszym postępowaniu oferty wykonawców oferujących cenę, której elementem są stawki VAT „0%” i „zw.” nie

stanowią cen identycznych, do których zastosowanie mógłby mieć art. 91 ust. 5 ustawy Pzp. Zatem wezwanie do złożenia ofert dodatkowych w trybie art. 91 ust. 5 ustawy Pzp uznał za całkowicie niedopuszczalne oraz stanowiące rażące naruszenie przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, w przeświadczeniu odwołującego, czynnością niedopuszczalną było zastosowanie przez zamawiającego do poprawienia ww. omyłki art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W żaden sposób bowiem błędnej stawki podatku od towarów i usług VAT zakwalifikować nie można jako „oczywistej omyłki pisarskiej”. Jak wynika z licznego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, oczywistą omyłką pisarską jest w szczególności widoczna mylna pisownia wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny czy też niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części. Istnieje zatem możliwość poprawiania oczywistych błędów pisarskich, które dotyczą np. nazw poszczególnych jednostek lub ich kolejności, braku liter w poszczególnych nazwach, błędów w oznaczeniach symboli, ale nie można poprawiać wartości powodujących w konsekwencji zmianę ceny całkowitej oferty (wyrok KIO z 11 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 896/08). Istotą uznania omyłki za oczywistą jest możliwość stwierdzenia jej bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność, oczywistość omyłki pisarskiej powinna wynikać bowiem z natury samej omyłki albo z porównania zaistniałego błędu z innymi okolicznościami sprawy. W wyroku z dnia 20 stycznia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 11/09, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „(...) Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów.” W wyroku KIO z 16 listopada 2008 r. (sygn. akt. KIO 1326/08), Izba stwierdziła, że „Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej, dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian.” Zaznaczał, że omyłka zakwalifikowana jako pisarska, powinna mieć zatem przede wszystkim cechę „oczywistości” i „bezsporności”. Dodatkowo, stwierdzenie oczywistej omyłki pisarskiej, nie powinno wymagać specjalistycznej wiedzy, konsekwencją czego jest możliwość poprawienia ww. omyłki przez zamawiającego i brak konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, w przypadku braku wyrażenia zgody na przedmiotową zmianę. Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie podkreśla się, że wybór oferty najkorzystniejszej powinien być zawsze dokonany z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. W związku z tym, aby powyższe zasady zostały zachowane, wymagane jest ustalenie przez wykonawców cen ofertowych w taki sposób, aby były one porównywalne, tzn.

oparte o takie same wyznaczniki wyceny. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 27 sierpnia 2010 r. (KIO 1721/10, KIO 1746/10), przy ustalaniu ceny ofertowej wykonawca ograniczony jest m. in. poprzez konieczność przyjęcia zasad wynikających z obowiązujących przepisów prawa. Wykonawca zatem, pomimo swobody podczas ustalania ceny swojej oferty, powinien uwzględnić w niej prawidłową stawkę podatku VAT. Wynika ona bowiem z obiektywnych i powszechnie obowiązujących przepisów prawa i nie może być zmieniona wolą wykonawcy. Kwestia wskazania w ofercie błędnej stawki podatku od towarów i usług, została także omówiona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11). W ww. uchwale Sąd Najwyższy stwierdził, 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.).” Zgodnie z uzasadnieniem ww. uchwały nie jest obojętne, jaką stawkę podatku VAT przyjął w swej ofercie wykonawca. Według Sądu Najwyższego zamawiający ma bowiem obowiązek badać poprawność złożonych ofert także pod kątem stawki podatku VAT. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być bowiem porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Sąd Najwyższy podkreślił, że obowiązek weryfikacji stawki podatku od towarów i usług wpływa wprost także z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W przypadku wystąpienia w ofercie innej niż pisarska i rachunkowa omyłki, powodującej niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, zamawiający musi dokonać poprawienia takiej oferty, w przypadku zaś wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, zamawiający musi odrzucić ofertę. Poprawienie stawki podatku VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest - zgodnie z powołaną wyżej uchwałą obligatoryjne, jednak tylko w przypadku, gdy stawka podatku została określona w SIWZ i tylko wtedy, gdy poprawienie takiej omyłki nie będzie powodować istotnej zmiany w treści oferty. W przypadku zaś, gdy w SIWZ nie została narzucona stawka podatku od towarów i usług, zastosowanie w ofercie nieprawidłowej stawki, w przekonaniu odwołującego, musi być uznane za błąd w obliczeniu ceny, a taka oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nie ma tu znaczenia, czy przyjęcie przez wykonawcę błędnej stawki VAT jako elementu kształtującego wysokość ceny oferty było działaniem świadomym i zamierzonym czy nieświadomym. Według Sądu Najwyższego, „(...) 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.”

Zdaniem odwołującego, w rozdziale 12 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty,”

zamawiający nie wskazał stawki podatku VAT, którą powinni zastosować wykonawcy obliczając cenę ofert. Informacji na temat obowiązującej stawki nie ma w całej treści SIWZ - w tym brak jej w załącznikach. Wykonawca miał powyższą stawkę wskazać w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.

Nawiązując zatem do przytaczanej wyżej uchwały Sądu Najwyższego, w przekonaniu odwołującego, zamawiający nie może przy ocenie wadliwości stawki podatku VAT, uzależniać tej oceny od konsekwencji matematycznych zastosowania stawki niezgodnej z obowiązującymi przepisami. Ponadto, Sąd Najwyższy, jednoznacznie wskazał, że obliczenie przez wykonawcę ceny oferty przy zastosowaniu błędnej stawki podatku od towarów i usług, nie może być interpretowane jako „oczywista omyłka pisarska,” czy „matematyczna,” a jedynie (pod warunkiem wskazania przez zamawiającego w SIWZ obowiązującej stawki podatku VAT) jako „inna omyłka” polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.” Kontynuując odwołujący stwierdził, że art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, nakładającym na zamawiającego obowiązek poprawienia ofert wykonawców zawierających omyłki określone w art. 87 ust. 2 pkt 1-3. Zamawiający nie może poprawiać ofert wykonawców w sposób dowolny, stosując zamiennie rodzaje omyłek wskazanych w art. 87 ustawy Pzp. Dotyczy to szczególnie omyłki omówionej w art. 87 ust. 2 pkt 3, o której poprawieniu zamawiający nie tylko niezwłocznie zawiadamia wykonawcę, ale ma także, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na jej poprawienie (tego typu sytuacja nie występuje w przypadku „oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych). Z ostrożności odwołujący wskazywał, że zamawiający, uznając podanie niezgodnej z przepisami stawki podatku VAT w ofertach wykonawców, powinien ewentualnie poprawić ten błąd na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, informując jednocześnie wykonawców o konsekwencjach nie wyrażenia zgody na ww. poprawę, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a następnie odrzucić oferty wykonawców, którzy na omawianą poprawę nie wyraziliby zgody. W niniejszym przypadku natomiast poprawienie omyłki nastąpiło przez jednostronną czynność zamawiającego, na którą wykonawca nie miał żadnego wpływu. Nie mógł tym samym wyrazić swojej woli w zakresie tego, czy zgadza się, czy też nie na poprawienie ww. błędu. Tym samym czynność poprawienia omyłki jako pisarskiej, uznać należy za całkowicie niedopuszczalną i naruszającą zarówno art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jak i jej podstawowe zasady. Tym samym odwołujący przypisał zamawiającemu dopuszczenie się rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp przez dokonanie niedopuszczalnej poprawki stawki podatku VAT w trybie omyłki pisarskiej i nie dostrzegając istotnej różnicy w cenach pozornie tylko zawierających identyczną stawkę wezwał wykonawców do tzw. „dogrywki.”

Zamawiający, tj. Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy, pismem z dnia 17 stycznia 2012 r., działając w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawcę, tj. Firmę „GWARANT” Tomczyk, Sp. J. na dokonane przez zamawiającego w toku niniejszego postępowania czynności, tj.

1) poprawienia błędnej stawki podatku VAT w ofertach wykonawców: Fundacja „Zdrowie” z siedzibą w Warszawie oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polski Komitet Pomocy Społecznej z siedzibą w Warszawie poprzez wpisanie w polu „kwota podatku VAT według stawki VAT”, „zw” w miejscu symbolu „0”, jako „oczywistej omyłki pisarskiej,” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,

2) nieuprawnionego wezwania odwołującego i Fundacji „Zdrowie” do złożenia ofert dodatkowych, powołując się na dyspozycję art. 91 ust. 5 ustawy Pzp,

- poinformował, że uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe, zamawiający zapowiedział, że zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp dokona wszelkich czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu niezwłocznie po umorzeniu postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 17 stycznia 2012 r., do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia w terminie ustawowym określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w sposób, o jakim stanowi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do „całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.” W takim przypadku, zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron (...), pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w sytuacji umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, wobec uwzględnienia przez

zamawiającego w całości zarzutów przed rozpoczęciem wyznaczonego posiedzenia Izby z udziałem stron, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych uiszczonej kwoty wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku umorzenia postępowania, inne koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach zaistniałych w niniejszej sprawie - podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

Przewodniczący:

.....

.....