

Sygn. akt X Ga 174/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

P., dnia 29 maja 2014 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu X Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Ryszard Trzebny

Sędziowie SSO Ewa Kaźmierczak del. SSR Agnieszka Staszak

Protokolant st. sekr. sąd. Mirosława Klimowicz

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2014 r., w P.

na rozprawie

sprawy ze skargi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2014r. w sprawie o sygn. akt. KIO 227/14

przy uczestnictwie J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. K. Przedsiębiorstwo Usług (...), S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. K. Usługi (...) w P.

1. oddała skargę,
2. zasądza od skarżącego na rzecz uczestników kwotę 1.200 zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Ewa Kaźmierczak SSO Ryszard Trzebny SSR Agnieszka Staszak

Sygn. akt X Ga 174/14

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 3 marca 2014r., Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2014r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1/ J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w P.; 2/ S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w P. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego-Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo W. w punkcie 1 uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności- wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu z uwzględnieniem oferty odwołującego; w punkcie 2 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000zł uiszczoną przez odwołujących i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołujących kwotę 18.634zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej pełnomocnictwa.

Wydanie wyroku poprzedzone zostało następującymi ustaleniami faktycznymi i rozważaniami prawnymi; Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo W. -prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi w zakresie gospodarki Leśnej Nadleśnictwa W. w 2014 roku”. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. J. K.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...), 2. S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) - wnieśli na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej określane jako (...), odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w pakiecie nr 10, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1/art. 89 ust. 1 pkt 6 przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na uznanie, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na przyjęciu niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług, na skutek nie uwzględnienia przez zamawiającego, że niezgodność oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie (...), jest spowodowana inną omyłką niepowodującą istotnej zmiany treści oferty odwołującego oraz zaniechanie zastosowania przepisów Pzp wskazanych w punktach poniżej;

2/ art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

3/ art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego;

4/ art. 18 Pzp przez niezgodne z prawem przeprowadzenie postępowania, w szczególności poprawianie innych oczywistych omyłek niezgodnie z art.87 ust.2 pkt 3 bez zawiadomienia wykonawców o dokonanych poprawkach;

5/ art. 92 ust.1pkt 1 oraz pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zarzuczanych w odwołaniu przepisów obowiązującego prawa.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum (...) w składzie Zakład Usług (...) s. c. L. K., A. K. oraz Zakład Usług (...) H. oraz (...) M. H., dokonania powtórzenia czynności zamawiającego polegających na badaniu oferty odwołującego z uwzględnieniem poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian treści oferty odwołującego, przez poprawienie omyłkowo wskazanej stawki podatku VAT z 8% na 23% dla czynności TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR i niezwłoczne zawiadomienie o poprawce odwołującego, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty odwołującego, zasądzenie kosztów wpisu i opłaty od pełnomocnictwa oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika według norm przypisanych. W zakresie wykazania spełniania przesłanek uzasadniających wniesienie odwołania i zachowania ustawowego terminu na jego wniesienie, odwołujący podał następującą argumentację. W wyniku odrzucenia oferty odwołującego na podstawie bezpodstawnie przywołanej przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający naraził na uszczerbek interes prawny odwołującego ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zważywszy na fakt, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie przesłanek art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, wskazał, iż interes prawny odwołującego we wniesieniu odwołania jest bezsprzeczny. W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że pismem z 31 stycznia 2014 r. przesłanym odwołującemu pocztą, zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie pakietu nr 10 (leśnictwo Huta) - Konsorcjum (...) w składzie Zakład Usług (...) s.c. L. K., A. K., Zakład Usług (...), (...) M. H. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający powołał się na zaistnienie okoliczności, które zdaniem zamawiającego uprawniają go do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, za które należy uznać przyjęcie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług[podatku VAT]. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że odwołujący nie zastosował się do opisów rozdziału XV SIWZ dotyczącego stosowania stawek podatku VAT, w którym zamawiający wskazał, że zgodnie z jego wiedzą należy stosować 8% stawkę

podatku VAT z wyjątkiem czynności: (...), (...), (...), (...), (...), TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT. W rozdziale XV SIWZ zamawiający wskazał, że „W cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT) zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności. Zgodnie z wiedzą zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem czynności: (...), (...), (...), (...), (...), TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT”. Pismem z 8 stycznia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę. W tym samym piśmie zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 do wskazania podstawy zastosowania obniżonej stawki podatku VAT (8%) dla czynności: TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR, zamiast stawki podstawowej 23 %. W piśmie z 16 stycznia 2014 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący wskazał m.in. podstawę zastosowania przez niego stawki 8% VAT dla wymienionych czynności. Odwołujący obliczył podatek VAT dla każdej z czynności według obowiązujących stawek, opierając się na posiadanej przez odwołującego w tym zakresie m.in. interpretacji, błędnie oceniając, że w takiej wysokości stawki podatku VAT przyjęte zostały prawidłowo i zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący zapoznał się z treścią SIWZ, jednakże formularz cenowy, w którym należało wpisać stawki podatku VAT, wypełniał już w późniejszym czasie. Formularz cenowy był odrębnym załącznikiem do SIWZ, w którym zamawiający nie określił wysokości stawek VAT dla poszczególnych czynności i pozostawił pola określające stawkę VAT-u, jako puste. Ponadto, opis zamawiającego nie był jednoznaczny, gdyż według zdania pierwszego, w cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT) zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności, a następnie zamawiający w zdaniu drugim wskazał, że według jego wiedzy jest to stawka 8% z wyjątkiem kilku wymienionych z nazwy czynności, dla których należy zastosować 23 % stawkę podatku VAT, co może w ocenie odwołującego być różnie i odmiennie interpretowane przez wykonawców. Odwołujący w tym samym czasie (koniec listopada, początek grudnia) przygotowywał również oferty dla pięciu innych Nadleśnictw, tj. K., G., L., W. i M.. W Nadleśnictwach tych, dla spornych czynności, zastosowano faktycznie stawki VAT w wysokości 8%, które uzasadnione były m.in. sposobem realizacji prac przedstawionym przez odwołującego w piśmie z 16 stycznia 2014r., przesłanym zamawiającemu w tym postępowaniu. W swoim piśmie odwołujący odniósł wyjaśnienia do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazując, że opisał sposób realizacji zamówienia taki, jaki przyjął również w złożonych przez niego ofertach w innych nadleśnictwach, tzn. podstawienie kontenera i transport po drogach leśnych. Po ponownym przeanalizowaniu dokumentów dotyczących postępowania, w wyniku wezwania zamawiającego, odwołujący zorientował się co do swojej omyłki. W związku z powyższym, odwołujący w piśmie z 16 stycznia 2014r., udzielił zamawiającemu odpowiedzi w zakresie objętym ściśle wezwaniem zamawiającego z 8 stycznia 2014 r., natomiast w e-mailu z dnia 16 stycznia 2014 r. godz. 14:50, wysłanym na adres W.@zielonagora.lasv.gov.pl, w nawiązaniu do wyjaśnień zawartych w piśmie wskazał, że jeżeli w ofercie została zastosowana błędna stawka podatku VAT, zamawiający zobligowany jest do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powołując się na uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz 53/11.

Odwołujący uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę wywodząc ze złożonych wyjaśnień, że zastosowanie 8% stawki podatku VAT zamiast 23 % nie było wynikiem omyłki, lecz w pełni świadomego działania odwołującego. Wskazał, że ustawodawca na gruncie Pzp nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem innej omyłki. Kierując się wykładnią językową, omyłkę należy rozumieć jako spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niesłuszny postępek, błąd, pomyłka. Błędna interpretacja innej omyłki przez zamawiającego, a także brak należytego wyjaśnienia okoliczności sprawy, spowodowało odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie przez zamawiającego poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie przyjętej stawki podatku VAT. Sąd Najwyższy w przywołanej uchwale z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 zaznaczył, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6) określają ustawowe przesłanki i zakres obowiązku dokonywania oceny ofert przez zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest albo do poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki spełniającej przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona, albo do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub jeśli wykonawca niezwłocznie zawiadomiony o poprawieniu oferty, w terminie trzech dni od dnia tego zawiadomienia, nie zgodził się na poprawienie innej omyłki. W uchwale z dnia 20 października 2011 r. Sąd Najwyższy również stwierdził, że jeżeli zamawiający w SIWZ, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty sprowadza się do poprawienia

oferty, jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Nieokreślenie przez zamawiającego w SIWZ w sposobie obliczania ceny żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, powoduje odrzucenie oferty wykonawcy zawierającej stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6. Zamawiający w toku oceny ofert stwierdził, że dla trzech pozycji dotyczących czynności TRANS-PAR, (...), TRANS-REM, odwołujący zastosował inną niż określona w SIWZ stawkę podatku VAT. Zamawiający posiadał pewność, co do prawidłowej stawki podatku VAT, gdyż sam wskazał wysokość tej stawki w SIWZ, jako 23%. Zamawiający stwierdziwszy w tym zakresie rozbieżność dotyczącą oferty odwołującego, powinien był poprawić błędnie wskazaną stawkę podatku VAT i niezwłocznie zawiadomić odwołującego, który mógłby wówczas nie zgodzić się na poprawienie omyłki. Żądanie zamawiającego, w kontekście wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do wskazania podstawy zastosowania obniżonej stawki podatku VAT, spowodowało, że odwołujący nieświadom błędnej oceny stanu faktycznego, niezgodnego z rzeczywistością, odpowiedział ściśle na wezwanie zamawiającego. W nawiązaniu do wyjaśnień odwołujący już w treści e-maila z 16 stycznia 2014 r. niejako z „ostrożności” wskazał wprost, że jeśli w ofercie została zastosowana błędna stawka podatku VAT, a zamawiający określił jakie powinny zostać zastosowane stawki podatku VAT, to ofertę powinien poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian treści oferty. Odwołujący w dobrej wierze, nieświadom swojej omyłki, co do nieprawidłowej wysokości stawki podatku VAT zastosowanej do spornych czynności, wypełnił formularz cenowy stanowiący odrębny załącznik, w którym stawki podatku nie zostały przez zamawiającego wskazane. W tym zakresie odwołujący tak jak w innych postępowaniach, omyłkowo kierował się m.in. interpretacją Dyrektora Izby Skarbowej, ponadto przyjął też sposób realizacji zamówienia (podstawienie kontenera na śmieci i transport na terenie leśnym do czasu ostatecznego wywozu śmieci), uzasadniający pozostawanie przy przyjętej stawce podatku VAT w wysokości 8%. Odwołujący wskazał, że nie bez znaczenia jest przekonanie odwołującego, że to na nim spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej wysokości stawki podatku VAT, chociaż przygotowując ofertę faktycznie sądził, że kieruje się opisem dotyczącym wysokości stawki podatku VAT wskazanym przez zamawiającego w SIWZ. Formularz cenowy, na podstawie którego odwołujący obliczył cenę zamówienia, stanowiący odrębny załącznik do SIWZ, nie zawierał stawki podatku VAT, rubryka ta podlegała uzupełnieniu przez wykonawców, co mogło generować dodatkowe omyłki przy jego wypełnianiu. Wskazał dalej, że w tym samym czasie przygotowywał również oferty na takie same usługi dla pięciu innych nadleśnictw, gdzie stawka podatku VAT dla czynności „towarzyszących” jest określana w takiej samej wysokości jak dla usługi podstawowej, tj. 8%. Na marginesie odwołujący podniósł, że takie stanowisko w podejściu do ustalania wysokości stawki podatku VAT dla prac „towarzyszących” wchodzących w skład usługi podstawowej, jest ugruntowane w praktyce organów podatkowych, jak również literaturze poświęconej temu zagadnieniu. Przygotowywanie w krótkim czasie kilku ofert zawsze będzie obarczone wyższym ryzykiem powstania potencjalnej omyłki, błędu w składanych ofertach, co miało miejsce w przypadku odwołującego. Ustawodawca mając na uwadze również specyfikę rynku zamówień publicznych i mnogość prowadzonych postępowań często o skomplikowanym przedmiocie zamówienia, dopuścił możliwość poprawienia omyłek wynikających niejednokrotnie z dużej ilości postępowań, w których biorą udział wykonawcy w celu utrzymania się na tak mocno konkurencyjnym rynku. Zamawiający wzywając odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie wskazał wprost na rozbieżność pomiędzy SIWZ, a ofertą odwołującego w zakresie podatku VAT, wzywając jedynie do określenia „podstawy zastosowania preferencyjnej 8% stawki VAT, zamiast stawki podstawowej 23%”. Zamawiający nie wskazał w piśmie z 8 stycznia 2014 r., że jest to stawka niezgodna z opisami SIWZ, mimo posiadanej wiedzy, co do jej prawidłowej wysokości, którą sam określił.

Cytując wyrok (...) z 5 kwietnia 2013 r., KIO 665/13 LexPolonica nr 5991486 wskazał, że „nie można wywieść z art. 87 ust. 2 pkt 3 (...), że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Można co najwyżej przyjąć, że chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie woli objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ale w rezultacie składa ofertę niezgodną z treścią SIWZ, nie zdając sobie z tego sprawy. Jako właściwy punkt wyjścia należy przy tym przyjąć założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze z zamiarem ukształtowania jej treści w sposób odpowiadający treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zmiernym w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego. W konsekwencji w zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty, a treścią SIWZ należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. Zamawiający nie miał podstaw, by przyjąć, że odwołujący świadomie

i celowo złożył ofertę sprzeczną z treścią SIWZ. Nieprawidłowa stawka podatku dotyczyła tylko trzech pozycji, zamawiający łatwo mógł ocenić, że poprawienie stawki podatku VAT z 8% na 23% pozostanie bez wpływu na wynik postępowania tzn. kolejność ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu, gdyż oferta odwołującego nadal pozostałaby najtańsza. Różnica w cenie oferty odwołującego ze stawką 8% w spornych trzech pozycjach w stosunku do ceny oferty odwołującego po poprawieniu wysokości stawki podatku VAT w pozycjach TRANS-PAR, (...), TRANS-REM na 23%, wyniosłaby jedynie 312 złotych. Przy tak nieznaczącej różnicy w cenie oferty, omyłka w zastosowaniu odmiennej stawki VAT nie miała istotnego znaczenia dla treści oferty odwołującego i powinna zostać poprawiona przez zamawiającego. Intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy. W orzecznictwie I. podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie - wyrok I. z 23 marca 2011 r., KIO 522/11). Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie miał prawa uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie przez zamawiającego poprawienia omyłki należy za działanie w sposób oczywisty sprzeczne z prawem oraz jego własnym interesem. W konsekwencji zamawiający wybrał ofertę ponad 100.000 złotych droższą od oferty odwołującego, która została odrzucona. Wybrany wykonawca zaoferował cenę oferty w wysokości 415.124,87 zł brutto, cena oferty odwołującego po poprawieniu omyłki wyniosłaby 278.681,34 zł brutto. W tej sytuacji zamawiający nie kierował się zasadniczym celem, jakim jest wybór najkorzystniejszej cenowo oferty, a postępowanie swoje ograniczył do podjęcia formalnych czynności i swobodnej oceny ich wyniku, nie zmierzając do ustalenia faktycznych okoliczności powodujących omyłkę w ofercie odwołującego. Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, nie można uznać, że oferta odwołującego zawierała błąd w obliczeniu ceny, gdyż odwołujący omyłkowo pod wpływem błędu wskazał niewłaściwą stawkę podatku VAT. Działaniu odwołującego nie można również przypisać cech celowej i świadomej manipulacji ceną oferty za pomocą stawki podatku VAT, gdyż jak wskazał wyżej, omyłka odwołującego nie miała istotnego znaczenia dla treści jego oferty. Błędna stawka podatku VAT dotyczyła zaledwie 3 pozycji z pośród czynności określonych w 34 pozycjach załącznika cenowego. Różnica w cenie oferty odwołującego była niewielka, a jej poprawienie spowodowałoby wzrost ceny oferty o 0,11% w stosunku do wartości pierwotnej ceny zaoferowanej przez odwołującego. Działanie odwołującego, jakkolwiek nieświadome, nie mogło więc prowadzić do manipulacji ceną w celu uzyskania zamówienia. Poprawienie przez zamawiającego omyłki nie naruszałoby zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oferta odwołującego po poprawieniu omyłki byłaby porównywalna z ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców. Ponadto, zamawiający w adekwatnej do sytuacji odwołującego sprawie, w ofercie złożonej w tym samym postępowaniu przez konsorcjum firm reprezentowane przez pełnomocnika W. N. (lider konsorcjum Zakład Usług (...) s.c., oferta nr 10 pakiet nr 11) poprawił błąd w stawce podatku VAT z 8% na 23% jako inną oczywistą omyłkę, bez potrzeby wyjaśnień. Informacja w tym zakresie została zawarta w protokole z badania ofert (ostatnia strona) sporządzonym przez komisję przetargową zamawiającego oraz widoczna jest na formularzu ofert złożonym przez ww. wykonawcę, gdzie naniesiono zmiany w tym zakresie. Zamawiający odmiennie potraktował odwołującego i nie poprawił jego omyłki dotyczącej wskazania niewłaściwej stawki podatku VAT, a jego ofertę odrzucił, przez co naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie poinformował również wykonawców o poprawieniu innej omyłki. W świetle powyższego, zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego skutkowało odrzuceniem jego oferty i utratą możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Odwołujący zauważył, że jego oferta przy przyjętym kryterium cenowym (100%) uzyskałaby najwyższą liczbę punktów oraz status oferty najkorzystniejszej. Biorąc pod uwagę, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, to na zamawiającym, spoczywa ciężar sfinalizowania postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób nienaruszający przepisów Pzp. Zamawiający w sposób nieuzasadniony dla odwołującego i sprzeczny z wymaganiami prawnymi, przyjął przesłankę odrzucenia oferty, co bezpośrednio pozbawia odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, na podstawie art.186ust.1 Pzp, wniósł o: oddalenie odwołania w całości, zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym zwrot kosztów zastępstwa przed (...) według przedstawionej na rozprawie faktury. Zamawiający zaprzeczył wszystkim twierdzeniom odwołującego zawartym w odwołaniu wprost przez niego nieprzyznanym. Nie zgodził się z zarzutami, że w postępowaniu doszło do naruszenia

przepisów Pzp: art. 89 ust 1 pkt 6 przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny; art. 87 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, art. 7 ust.1 przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego, art. 92 ust.1 pkt 1 i 2 w związku z art. 91 ust. 1 przez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zarzucanych w odwołaniu przepisów prawa, art. 18 w związku z art. 87. Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący nie ma interesu prawnego w rozumieniu art.179 ust. 1 Pzp, aby kwestionować czynności zamawiającego w tych pakietach, na które nie składał oferty, a konkretnie w pakiecie nr 11. W ocenie zamawiającego działania podjęte w toku prowadzonego postępowania są zgodne z przepisami prawa. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1Pzp, podkreślił, że odrzucenie oferty odwołującego było w pełni uzasadnione i konieczne. Zarówno opis okoliczności faktycznych, istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jak i ich ocena prawna, zdaniem zamawiającego jest inna, niż przedstawił ją odwołujący. Podniósł, że na etapie wnoszenia odwołania, odwołujący nie negocjował, że zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT w cenie oferty, jednakże zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był poprawić niewłaściwą stawkę VAT w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że istota sporu polega na ustaleniu, czy w okolicznościach faktycznych sprawy zachowanie odwołującego było inną omyłką podlegającą poprawieniu w trybie ustawy. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 „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 Pzp).” Zamawiający wskazał, że konsekwencją błędu w ustaleniu ceny jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Natomiast w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zamawiający podniósł, że ma również obowiązek badać wysokość stawki VAT, zaś ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych stawek VAT w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców i porównywalności ofert. W zakresie sposobu obliczenia ceny wskazał, że w dziale XV SIWZ zawarł następujący opis sposobu obliczenia ceny: „2. W cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT) zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem następujących czynności: (...), (...), (...), TRANS-RE, (...), (...), (...), TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT.” Dla pakietu nr 10, a zatem części zamówienia, w zakresie której wniesiono odwołanie, ze wskazanych powyżej czynności, przewidziano do wykonania czynności (...), TRANS-REM, (...), TRANS-PAR. „3. Wykonawca oblicza cenę (z VAT) oferty na podstawie wypełnionego formularza cenowego (załącznik Nr 11 a-m do SIWZ) zawierającego stawki jednostkowe, ceny netto i brutto za poszczególne pozycje (usługi) wchodzące w skład pakietu (zamówienia), który będzie stanowił załącznik do oferty i następnie wynik ten wpisuje cyfrowo i słownie do formularza oferty (załącznik Nr 1 do SIWZ). Cena ofertowa pakietu brutto = suma cen jednostkowych brutto usług wchodzących w skład pakietu (zamówienia), gdzie - Cena jednostkowa brutto - iloczyn stawki jednostkowej netto i ilości jednostek obmiaru powiększony o obowiązującą stawkę podatku od towarów i usług (VAT) dla poszczególnych czynności.” Zamawiający prowadzi postępowanie na usługi z zakresu gospodarki leśnej podzielone na czternaście pakietów. Odwołujący złożył ofertę dotyczącą jednego pakietu, a mianowicie pakietu nr 10 - to jest usług z zakresu gospodarki leśnej w leśnictwie Huta. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w tym pakiecie, w tym w zakresie czynności oznaczonych symbolami (...), TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR, został zawarty w Załączniku Nr 15j do SIWZ, zaś opis czynności, co do których, zdaniem zamawiającego, w ofercie podano niewłaściwą stawkę VAT, mieści się w punkcie III, ppkt 16 i 19 oraz w punkcie IV ppkt 20 Załącznika Nr 15j do SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia, w aspekcie czynności wchodzących w jego skład i mających wpływ na obliczenie ceny, został skorelowany z formularzem cenowym stanowiącym Załącznik Nr 11a-m do SIWZ. Zamawiający zwrócił uwagę, że ani w formularzu ofertowym, ani we wzorze umowy, zamawiający nie wskazał konkretnych stawek podatku VAT. Zdaniem zamawiającego, analiza powyższych opisów wskazuje, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie określił w SIWZ stawki VAT, bowiem sformułowania „według wiedzy Zamawiającego” nie można utożsamiać z narzuceniem stawki podatku VAT lub wskazaniem we wzorze obliczenia ceny konkretnej stawki VAT. Sposób wypełnienia formularza cenowego był ujęty w sposób zrozumiały w

SIWZ. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że, jak podkreśla odwołujący w uzasadnieniu odwołania, odwołujący wypełniał w późniejszym terminie formularz cenowy. Zamawiający podkreślił, że ani do opisów specyfikacji, ani do poszczególnych części zamówienia składającego się z 14 pakietów, żaden z wykonawców nie wniósł zapytania. Ponadto, żaden z czterech wykonawców, składających oferty w pakiecie nr 10 nie miał wątpliwości, co do sposobu obliczenia ceny. Wątpliwości takich, na etapie składania oferty nie miał również odwołujący. Wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić podatek od towarów i usług zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami, zaś dla kwestionowanych przez odwołującego czynności, zawężonych do czynności transportowych, podatek ten powinien zostać określony w stawce podstawowej 23% i to niezależnie od tego, czy usługa transportowa byłaby wykonywana bezpośrednio przez wykonawcę, czy też byłaby wykonywana przez podwykonawcę, gdyż stroną umowy jest wykonawca i on musiałby wykazać podatek w prawidłowej wysokości. Podkreślił, że powyższe uwagi dotyczące określenia prawidłowej stawki podatku VAT w realiach niniejszej sprawy, czynione są jedynie na marginesie, gdyż, jak już wskazano, prawidłowa stawka podatku VAT na etapie postępowania odwoławczego jest niesporna między stronami. Zamawiający wskazał również, że dysponował interpretacją podatkową w zakresie określenia stawki VAT dotyczącej czynności grodzienia, natomiast nie dysponował interpretacją podatkową dotyczącą czynności transportowych. Nie ulega wątpliwości, że odwołujący w Formularzu cenowym oferty w zakresie czynności określonych, jako TRANS-REM, (...), TRANS-PAR zastosował nieprawidłową, obniżoną stawkę 8% VAT, zamiast stawki podatku w podstawowej wysokości, to jest w wysokości 23%. W tym stanie rzeczy oferta odwołującego obciążona była błędem w obliczeniu ceny. Przy czym dla stwierdzenia błędu nie jest istotne, z jakiego powodu wystąpił błąd, co jednoznacznie wynika z ukształtowanej linii orzecznictwa, zapoczątkowanej cytowaną już uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r. W tym stanie rzeczy argumenty odwołującego, że w tym samym czasie przygotowywał kilka ofert w różnych przetargach prowadzonych przez różne jednostki organizacyjne Lasów Państwowych, nie ma znaczenia prawnego. Co więcej, w wyroku z 24 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 54/13, (...) zajęła stanowisko, że „o prawidłowej stawce VAT nie może przesądzać treść SIWZ pochodzącej z innego postępowania.” Natomiast odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w formie pisemnej 16 stycznia 2014 r. argumentował, że w innych Nadleśnictwach stosowano inne stawki VAT dla usług transportowych. Zamawiający nie badał owych innych opisów SIWZ, jednakże, jak już podkreślono, nie mają one znaczenia dla przedmiotowego postępowania. Z daleko posuniętej ostrożności zamawiający zwrócił jednakże uwagę, że w przypadku, gdyby uznano, iż stawka VAT została przez zamawiającego określona w SIWZ, w stanie faktycznym sprawy nie zachodziły żadne przesłanki, aby czynność odwołującego w zakresie podania nieprawidłowej stawki podatku VAT dla czynności TRANS-REM, (...), TRANS-PAR, uznać za inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, kwalifikującą się do poprawienia przez zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że przepisy dotyczące możliwości poprawiania innych omyłek zostały wprowadzone do ustawy Pzp, aby zapobiec odrzucaniu ofert z uwagi na niewielkie błędy, które nie mogły być korygowane w trybie poprawiania oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych. Natomiast nieprawidłowości oferty niestanowiące omyłki, a będące celowym, chociażby wynikającym z niewiedzy działaniem człowieka, nie mogą być poprawione (tak np. (...) w wyroku z 18 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 780/10). Tak więc w przypadku, gdy nieprawidłowości zawarte w ofercie nie mają charakteru niezamierzonego, inaczej mówiąc przypadkowego, a są efektem celowego działania oferenta, nie można poprawić oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podobnie Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09 ((...) 2010, Nr 7). Zamawiający zwrócił również uwagę na uzasadnienie (...) zawarte w wyroku z 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 3/13, w którym Izba odniosła się do sytuacji, gdy we wzorze umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, zamawiający określił stawkę podatku VAT, a odwołujący się wykonawca podał niewłaściwą stawkę VAT, ale z uwagi na świadome wskazanie przez oferenta innej stawki VAT niż wymagał zamawiający, oferta wykonawcy nie kwalifikowała się do poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Świadomość wykonawcy w cytowanym powyżej przypadku, Izba wywodziła między innymi z posługiwania się przez wykonawcę indywidualną interpretacją podatkową. Przenosząc wskazane rozważania do stanu faktycznego tej sprawy, zamawiający stwierdził, że zastosowanie przez odwołującego 8% stawki podatku VAT dla czynności w skrócie nazywanych transportowymi przy obliczeniu ceny oferty, miało charakter czynności świadomych i zamierzonych. Do takich wniosków prowadzi analiza wyjaśnień pisemnych wykonawcy z 16 stycznia 2014 r., złożonych w trybie art. 87 ustawy Pzp (w orzeczeniu z 25 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1331/13, Izba zwróciła uwagę, że ewentualne poprawienie omyłki przez zamawiającego można poprzedzić wyjaśnieniami wykonawcy złożonymi w trybie art. 87 ust. 1 Pzp). Odwołujący obszernie wskazał, że na zastosowanie stawki VAT w wysokości 8% wpływ miało szereg czynników,

do których zaliczają się: zamiar wywozu śmieci przez wynajętą specjalistyczną firmę, dysponowanie interpretacją dyrektora Izby Skarbowej z dnia 15.06.2011 r. (interpretacja wydana dla potrzeb innego postępowania i w innym stanie faktycznym), uznaniem przez wykonawcę, iż transport ma charakter czynności pomocniczej do wykonania usługi podstawowej, a nadto stawkami podatkowymi stosowanymi w innych Nadleśnictwach. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uznania czynności wykonawcy w zakresie określenia stawki podatku od czynności TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR, za inną omyłkę kwalifikującą się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego, jakoby nieprawidłowością było działanie zamawiającego, polegające na tym, że w jednym piśmie wezwano do złożenia wyjaśnień w kilku różnych kwestiach. Ustawa Pzp nie zawiera w tym względzie żadnych ograniczeń, tak więc zamawiający nie naruszył w tym zakresie wymagań ustawy. Odnosząc się do zarzutu odwołującego, że w kolejnych wyjaśnieniach przesłanych e-mailem, odwołujący powołuje się na omyłkę i wskazuje na konieczność poprawienia omyłki przez zamawiającego, zamawiający stwierdził: nawet gdyby uznać, że wyjaśnienia złożone e-mailem stanowią część oferty, to niczego one do sprawy nie wnoszą. Jednakże zamawiający uważa, że w realiach prowadzonego postępowania, wyjaśnień złożonych e-mailem zamawiający w ogóle nie powinien brać pod uwagę, z powodu zastrzeżenia formy pisemnej dla składania wyjaśnień, określonej w SIWZ. W doktrynie wskazuje się, że zarówno żądanie wyjaśnień, jak i ich udzielenie powinno mieć taką formę, jaka została dopuszczona przez zamawiającego na podstawie art. 27 ust. 1 (...). Zamawiający dodał, że w orzecznictwie (...) podkreśla się, iż wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, są dla wykonawcy wiążące tak samo, jak oferta (tak (...) w wyroku w sprawie KIO/UZP 200/09). Dodatkowo obowiązujące przepisy nie pozwalają na wycofanie się ze złożonych wyjaśnień, gdyż byłoby to uznane za niedopuszczalne prowadzenie negocjacji w rozumieniu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp, co próbuje wykazać odwołujący (tak (...) w wyroku z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09). Reasumując, oferta odwołującego zawierała błąd w obliczeniu ceny niekwalifikujący się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarzuty naruszenia przez zamawiającego wskazanego powyżej artykułu, a nadto art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, w ocenie zamawiającego nie potwierdziły się. Odnosząc się do bezzasadności zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 przez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zarzucanych w odwołaniu przepisów obowiązującego prawa, zamawiający wskazał, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, ale również oferty sporządzonej zgodnie z przepisami prawa oraz postanowieniami SIWZ. W tym aspekcie zamawiający zgodził się z odwołującym, że zamawiający jest zobowiązany dążyć do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób nienaruszający przepisów Pzp. Jednakże w rozpoznawanej sprawie naruszeniem tych przepisów byłoby poprawienie w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp - błędu polegającego na świadomym zastosowaniu 8% stawki podatku VAT dla czynności wymagających opodatkowania stawką 23 % VAT. Tym samym zamawiający naruszyłby zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 Pzp przez dopuszczenie do oceny oferty podlegającej odrzuceniu, na równi z ofertami sporządzonymi prawidłowo. Zwrócił ponadto uwagę na fakt, że odwołujący eksponuje, że poprawienie stawki VAT w jego ofercie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty w porównaniu do treści SIWZ, a konkretnie nawet po poprawieniu stawki VAT w kilku pozycjach formularza ofertowego z 8% na 23% i tak nie wpłynęłoby to na pozycję odwołującego, gdyż jego oferta i tak byłaby najtańsza. Odwołujący pominął jednak obowiązującą regulację prawną, konkretnie fakt, że dla dokonania czynności, przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wymagane jest łączne spełnienie dwóch przesłanek, to jest, po pierwsze, wystąpienie omyłki, który to fakt nie miał miejsca w przypadku oferty odwołującego, a nadto przesłanki, że poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wobec braku przesłanki do zaistnienia omyłki, rozważanie wystąpienia drugiej ze wskazanych przesłanek jest całkowicie bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 i art. 18 Pzp przejawiającego się w poprawieniu przez zamawiającego omyłki w ofercie konsorcjum reprezentowanego przez W. N. w pakiecie nr 11 oraz rzekomym niepowiadomieniu wykonawców o poprawieniu omyłki, zamawiający zaprzeczył twierdzeniom odwołującego i zwrócił uwagę, że odwołujący nie ma interesu prawnego, aby kwestionować czynności zamawiającego w tych pakietach, na które nie składał oferty. Zamawiający podkreślił, że spośród czternastu pakietów, z jakich składało się postępowanie o udzielenie zamówienia, wykonawca złożył ofertę jedynie na pakiet numer 10, natomiast kwestionuje również czynności zamawiającego w pakiecie numer 11. W wyroku z 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2865/12, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wobec podziału zamówienia na części odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia tylko na tę część

zamówienia, na którą złożył ofertę. Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej dotyczy momentu wniesienia odwołania, gdyż odwołanie jest środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającym na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Jednak niezależnie od tego i dla wykazania bezzasadności zarzutów odwołującego we wskazanym powyżej zakresie, zamawiający zwrócił uwagę, że okoliczności, w jakich doszło do poprawienia omyłki konsorcjum reprezentowanego przez W. N., były zgoła odmienne niż sytuacja odwołującego. Mianowicie konsorcjum, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli oferty na pakiety nr 7, 9, 10 i 11. We wszystkich pakietach w zakresie usług grodzenia zastosowali prawidłowy VAT. Natomiast w pakiecie nr 11, pomimo tożsamy warunków wykonywania usługi, wpisali nieprawidłową stawkę VAT, a zatem w tychże okolicznościach była podstawa do uznania, że doszło do omyłki podlegającej poprawieniu. Nie znajduje również uzasadnienia zarzut nie poinformowania konsorcjum firm, których oferta została poprawiona, o czynności poprawienia oferty. Reasumując przedstawione rozważania, zamawiający wniósł i wywiódł, jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje;

Odwołujący spełnia przesłanki, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, skutkujące uprawnieniem do wniesienia odwołania od czynności odrzucenia oferty odwołującego w pakiecie nr 10, z powodu błędu w obliczeniu ceny przez zastosowanie podatku VAT w stawce 8%, zamiast wskazanej przez zamawiającego 23%, od czynności TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR. Jest wykonawcą, który złożył ofertę najtańszą w postępowaniu, znacznie tańszą od oferty najdroższej, wybranej jako najkorzystniejsza, co uzasadnia interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, będące następstwem czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami Pzp. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie ma interesu, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, w kwestionowaniu czynności zamawiającego odnoszących się do oceny ofert w pakietach, na które odwołujący nie złożył oferty i w tym zakresie nie był wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Argumentacja odwołującego zamieszczona na str. 8 odwołania odnosząca się do poprawienia stawki VAT z 8% na 23% w ofercie nr 10 w pakiecie 11, jako innej oczywistej omyłki, bez potrzeby żądania wyjaśnień od wykonawcy, została przedstawiona, jako informacja o odmiennej ocenie oferty odwołującego przez niepoprawienie omyłki w jego ofercie w postaci niewłaściwej stawki podatku VAT i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Stanowisko odwołującego zostało ocenione w tym kontekście.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie stosownie do treści art.192 ust.2 Pzp, uznając, że przedstawione w postępowaniu odwoławczym okoliczności uzasadniały obowiązek zamawiającego poprawienia stawki podatku VAT w ofercie odwołującego, w trzech spornych zakresach czynności dotyczących usług transportowych, z 8% na 23 %, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w świetle interpretacji przepisów Pzp przedstawionej w uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/2011 i 53/2011 i przyjętej linii orzeczniczej.

Podstawę rozstrzygnięcia I. stanowiły następujące ustalenia faktyczne i ich ocena prawna;

Zamawiający zobligowany przepisem art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp, opisał w SIWZ, rozdział XV, pkt 2, sposób obliczenia ceny oferty, przedstawiając w pierwszej kolejności zobowiązanie wykonawców do uwzględnienia w cenie oferty podatku od towarów i usług (VAT) zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności. W następnym zdaniu wskazał, że zgodnie z jego wiedzą należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem czynności, m.in. TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR (czynności stanowiących przedmiot odwołania), dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT („W cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT), zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem następujących czynności: (...), (...), (...), TRANS-REM, (...), (...), (...), TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT.”). Potwierdzenie stanowiska o wskazaniu przez zamawiającego w SIWZ obowiązku zastosowania stawki 23% wynika, obok jednoznacznego opisu zamieszczonego w rozdziale XV SIWZ, również z opisu czynności zamieszczonych w załączniku nr 15j do SIWZ (opis szczegółowy prac - leśnictwo Huta) - akcentowanych na rozprawie, protokołów z czynności komisji przetargowej, m.in. z 7 i 31 stycznia 2014 r. oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert (pismo z 31.01.2014 r.), w którym zamawiający

uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego wskazał, że: „(...) Wykonawcy nie zastosowali się do zapisów rozdziału XV SIWZ dot. stosowania stawek podatku VAT. (...) Wykonawcy w zakresie czynności określonych, jako: TRANS-REM, (...), TRANS-PAR zastosowali 8% stawkę podatku VAT zamiast wskazanej przez Zamawiającego 23% stawki podatku VAT”. W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przedstawionej przez zamawiającego została zamieszczona opinia prawna z 24.01.2014 r., w której w związku ze złożonymi przez odwołującego wyjaśnieniami z 16.01.2014 r. i uwzględnieniu faktu, że zamawiający określił stawkę VAT w postępowaniu, zalecono rozważenie poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający zwrócił uwagę - z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek, gdyby Izba uznała, że jednak zamawiający określił w SIWZ stawkę VAT - na przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty, tj. brak znamion omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w czynności odwołującego, wskazującej 8% podatek VAT (str. 5 pisma zamawiającego z dnia 27 lutego 2014 r., złożonego na posiedzeniu I.). Odwołujący zastosował w ofercie stawkę podatku VAT dla wskazanych trzech spornych czynności 8%, zamiast 23%. Na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, wystosowane przez zamawiającego (druga część pisma z dnia 8 stycznia 2014 r. o treści: „(...) Zamawiający -wobec stwierdzenia zastosowania przez Wykonawców w ofercie preferencyjnej 8% stawki podatku VAT dla czynności: TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR, zamiast stawki podstawowej (23%) - na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wzywa Wykonawców do wyjaśnienia treści oferty tj. wskazania podstawy zastosowania obniżonej stawki podatku VAT.”), odwołujący podał w wyjaśnieniach zamieszczonych w piśmie z 16 stycznia 2014 r., obok elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (zgodnie z równoczesnym wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 Pzp), że: „W przypadku czynności: TRANS-REM, TRANS-ŚMI i TRANS-PAR zastosowaliśmy stawkę 8 % ze względu na szereg czynników wymienionych poniżej: • na terenie Leśnictwa Huta zostanie podstawiony kontener, w którym będą składowane śmieci do momentu ich wywozu przez wynajętą specjalistyczną firmę. W związku z czym transport ich będzie wykonywany tylko na terenie leśnym; • interpretację Dyrektora Izby Skarbowej (w B.) (...) -454/11/1K z dnia 15.06.2011 r.; która mówi, że: „świadczony usługi na rzecz Nadleśnictwa, pomimo ich odrębnej klasyfikacji, przy założeniu, że stanowią usługę, składającą się z różnych czynności pomocniczych niezbędnych do wykonania usługi podstawowej, winny być opodatkowane stawką VAT właściwą dla usługi głównej - 8%”; • w opisie przedmiotu zamówienia nie było precyzyjnie określone, że transport będzie wykonywany po drogach publicznych. Należy również zauważyć, że czynności TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR są elementem składowym całego pakietu nr 11 polegającego na wykonaniu usługi z zakresu gospodarki leśnej, co w świetle interpretacji Izby Skarbowej (...) -454/11/IK z dnia 15.06.2011 r. należy traktować, jako czynności pomocnicze do wykonania usługi podstawowej; • stawki podatkowe dotyczące transportu stosowane w innych Nadleśnictwach. W związku z powyższymi czynnikami oraz różnymi stanowiskami w zakresie wysokości stawki podatku VAT od transportu stosowanego w usługach z zakresu gospodarki leśnej, stwierdziliśmy, że najlepszym rozwiązaniem będzie postawienie kontenera na terenie leśnictwa, do którego będą składowane śmieci, a wywozem ich będzie się zajmować zewnętrzna wyspecjalizowana Firma. W takiej sytuacji nie będzie wątpliwości, co do wysokości stosowanej stawki podatku VAT.” W dalszych wyjaśnieniach przekazanych zamawiającemu drogą elektroniczną w tym samym dniu, odwołujący wskazał: „W nawiązaniu do wyjaśnień odnośnie zastosowania podatku VAT w wysokości 8 %, dla czynności: TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR chcielibyśmy również zauważyć, że w przedmiotowym przypadku, jeśli zamawiający stwierdzi, że została zastosowana błędna stawka podatku VAT, powinien zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprawić ofertę, jako błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający w SIWZ dziale nr XV sposób obliczania ceny pkt 2 (str. 23 SIWZ) określił, jakie powinny zostać zastosowane stawki podatku VAT, w związku z czym jeśli w ofercie została zastosowana błędna stawka podatku VAT, zamawiający jest zobligowany do poprawienia jej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mówi o tym uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2001 sygn. akt III CZP 52/11 oraz 53/11.” W dalszej części wyjaśnień odwołujący zacytował sentencję uchwały III CZP 52/11 oraz istotną część jej uzasadnienia, podkreślając obowiązek zamawiającego w dokonaniu oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców cen w zakresie zastosowania stawki podatku VAT i doprowadzenia do porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny. Wskazał przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakładający 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. Wskazał, że 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 Pzp, z uwagi na fakt, że w takim przypadku

brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ. W przypadku, gdy zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. W takim przypadku znajduje zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, skutkujący odrzuceniem oferty zawierającej cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT (błąd w obliczeniu ceny).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (pismo z 31.01.2014r.), podając uzasadnienie: „Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, za które należy uznać przyjęcie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług zwanym dalej podatkiem VAT (podobnie Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11). Wykonawcy nie zastosowali się do zapisów rozdziału XV SIWZ dot. stosowania stawek podatku VAT: „Zgodnie z wiedzą Zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem następujących czynności: (...), RÓZG RODŹ, (...), TRANS-REM, (...), (...), (...), TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT”. Zdaniem Zamawiającego usługi transportu, o których mowa wyżej pozostają w relacji jedynie komplementarności z usługami z zakresu gospodarki leśnej na terenie leśnictwa Huta, nie stanowią zaś usługi pomocniczej do usług z zakresu gospodarki leśnej w takim znaczeniu, iż wykonanie usługi gospodarki leśnej jest ściśle związane z koniecznością wykonania również usługi transportowej. W ofertach złożonych na pakiet Huta tylko ww. Wykonawcy złożyli ofertę ze stawkami podatku VAT różniącymi się od tych, jakie określił Zamawiający w SIWZ. W badanej ofercie stwierdzono, że w Formularzu cenowym oferty - załącznik nr 11j do SIWZ, Wykonawcy w zakresie czynności określonych jako: TRANS-REM, (...), TRANS-PAR zastosowali 8% stawkę podatku VAT zamiast wskazanej przez Zamawiającego 23% stawki podatku VAT. Wobec zaistniałej rozbieżności Zamawiający w dniu 08.01.2014 r. znak SA-2710-4/13 zwrócił się do Wykonawców o jej wyjaśnienie. W złożonych na tę okoliczność wyjaśnieniach (pismo z dnia 16.01.2014 r.) Wykonawcy wykazali, iż zastosowanie 8% stawki podatku VAT było efektem szeregu czynników, do których zaliczyli określony przez siebie sposób wykonania usługi, tj. składowanie śmieci do kontenera podstawionego, a następnie ich wywóz przez specjalistyczną firmę, okoliczność, iż transport będzie wykonywany tylko na terenie leśnym, uznanie usługi transportowej, jako czynności pomocniczej do usługi podstawowej oraz interpretację Dyrektora Izby Skarbowej (...) - 454/11/K z dnia 15.06.2011 r. Z przedłożonej przez Wykonawców interpretacji podatkowej nie wynika, aby wydana została ona dla tych Wykonawców, a nadto stan faktyczny, będący podstawą jej wydania, jest inny niż stan faktyczny niniejszej sprawy. Ponadto Zamawiający nie jest adresatem dyspozycji art. 14 b § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (...) i nie jest związany stanowiskiem zawartym w indywidualnej interpretacji podatkowej, o której mowa w art. 14 a-d przywołanej ustawy (tak (...) w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie KIO3/13, LEX nr 1271715). Tak więc z wyjaśnień złożonych przez Wykonawców wynika, że zastosowanie 8% stawki podatku VAT zamiast 23% nie było wynikiem omyłki, lecz w pełni ich świadomego działania. Stąd też nie wystąpiły przesłanki do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający - na podstawie obowiązujących przepisów oraz zaistniałego stanu faktycznego - zobligowany był odrzucić ofertę.”

Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/2011 i III CZP 53/2011 orzekł, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) W uzasadnieniach uchwał wskazał, że: w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny; jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. O porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT,

wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Przedstawione wyżej okoliczności świadczą, że zamawiający zamieścił w SIWZ wskazania dotyczące stawki podatku VAT, zobowiązujące wykonawców do zastosowania stawki 23% dla spornych usług transportowych, w części właściwej dla takiego opisu, a mianowicie w rozdziale XV Opis sposobu obliczenia ceny. Faktu tego nie zmieniają podnoszone w toku postępowania odwoławczego okoliczności, że takiego opisu zamawiający nie zamieścił w załączniku do SIWZ - Formularz cenowy oferty - załącznik nr 11j do SIWZ oraz w § 7 ust. 1 projektu umowy określającym wynagrodzenie wykonawcy. Opis zamieszczony we wskazanej części SIWZ odpowiada obowiązкови zamawiającego wynikającemu z art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zatem zamawiający był zobowiązany do oceny oferty odwołującego w kontekście możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Istotę sporu stanowiło ustalenie, czy zastosowanie stawki 8%, zamiast 23%, jest inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w sytuacji, gdy drugi człon przepisu - czy omyłka nie stanowi istotnej zmiany treści oferty - był bezsporny.

Przy ocenie wskazanych przesłanek, wobec braku ustawowych definicji omyłek, w tym innych omyłek i istotności zmiany treści oferty, (...) uwzględniła orzecznictwo sądowe i arbitrażowe, w szczególności wydane w okresie po dacie podjęcia przywoływanych uchwał Sądu Najwyższego, które były skutkiem czynności mających na celu uzyskanie ujednoliconej interpretacji przepisów Pzp, w zakresie oceny ofert z zastosowaniem podatku VAT. W rozstrzygnięciach odnoszących się do rozpoznawanego zagadnienia lub przywoływanych w postępowaniu odwoławczym, orzeczono następująco.

W wyroku z 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2822/12; KIO 2864/12), teza: „Dla ustalenia stawki VAT istotne znaczenie ma przedmiot robót, a nie sposób określenia tego przedmiotu w umowie. Postanowienia umowne nie mają waloru kształtującego właściwą stawkę VAT.” Z wielokrotnie przywoływanego przez zamawiającego wyroku z 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 3/13, wynikają inne okoliczności faktyczne niż wskazywane, które przesądziły o orzeczeniu I. Istotę sporu w przywołanej sprawie stanowiło rozstrzygnięcie, czy odwołujący miał możliwość zaoferowania dwóch stawek podatkowych - 8% i 23%. Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, że „Zamawiający nie określił ani w formularzu ofertowym, ani w SIWZ jednej stawki podatku VAT, której wykonawcy mieliby użyć do obliczenia ceny oferty. Takie stanowisko nie zostało również zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 39 (prawdopodobnie dotyczące postanowień SIWZ), gdzie zamawiający w sposób wymijający odpowiedział, iż nie jest on uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie stawki podatku VAT, pomimo tego, że odpowiedzią na to pytanie mógł rozwiązać wszelkie wątpliwości w tym zakresie. Izba uznała: „Niewątpliwym jest, że w pkt 2 ust. 1 projektu umowy zamawiający wskazał, iż stawka podatku VAT winna wynosić 23%, cyt. „Wynagrodzenie obejmuje podatek VAT w wysokości 23%.” Podstawę oddalenia odwołania przez nieuwzględnienie zarzutu odwołującego w tej części, stanowiło uznanie I., że „(...) odwołujący powołując się na posiadaną indywidualną interpretację podatkową, w sposób świadomy zaoferował w ofercie cenę ofertową zawierającą dwie stawki podatkowe, podatku VAT 8 i 23%. Zastosowanie tych dwóch stawek, zdaniem I., wynikało raczej z przyczyn mających na celu umożliwienie mu zaoferowania (przypuszczalnie - na tym etapie postępowania) jak najniższej ceny, umożliwiającej mu uzyskanie zamówienia. Tym samym zaoferowanie w ofercie dwóch stawek podatkowych było działaniem świadomym odwołującego, a nie wynikiem błędu, jak w trakcie rozprawy próbował interpretować, dlatego też w tej sprawie brak było podstaw do poprawy zaoferowanej 8% stawki VAT-u, jako innej omyłki w trybie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

W wyroku z dnia 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2423/12, Izba orzekła: „Zamawiający określając w siwz sposób obliczenia ceny nie podał, jaką stawkę podatku od towarów i usług wykonawcy mają zastosować, zatem zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku nie może być oceniane w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią siwz, ale jako niezgodność z obowiązującymi przepisami, która skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt SP.z.p.”

W wyroku z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2836/12; KIO 2842/12, Izba uznała: Czynność poprawienia stawki podatku VAT może mieć miejsce jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT. W takiej sytuacji może mieć zastosowanie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (uchwała S.N. III CZP 52/11). Jeżeli jednak zamawiający opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (uchwała S.N. III CZP 53/11).

W wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1202/13, Izba orzekła: „Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji omyłek, o których stanowią przepisy art. 87 ust. 2 pkt 1-3 i błędów w obliczeniu ceny oferty - art. 89 ust. 1 pkt 6, dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicje tych pojęć oraz interpretacje, stosowne do okoliczności sprawy, wywodzą się w większości przypadków z poprzedniego stanu prawnego obowiązującego przed 24 października 2008 r., w którym wyszczególniono - oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny - art. 87 ust. 2 Pzp i zobowiązano zamawiających do poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny w sposób wskazany w art. 88 Pzp oraz błędy w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W ocenie I., w przeciwieństwie do omyłek uregulowanych aktualnie w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp, błąd w obliczeniu ceny oferty, do którego ma zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie jest de facto błędem rachunkowym, lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny - tak m.in. opracowanie: J. B., T. C., W. D., T. K., W. Ł., Prawo zamówień publicznych, komentarz pod redakcją T. C., wydanie trzecie, stan prawny na 1 stycznia 2008 r., Urząd Zamówień Publicznych, W. 2007, str. 307.

W wyroku z 21 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2695/12, Izba orzekła: „Konieczne staje się badanie prawidłowości stawek VAT podawanych w ofertach wykonawców. Jednak takiemu badaniu i jego wynikom, należy nadawać możliwie najbardziej racjonalny wymiar i znaczenie, łagodząc stanowisko, według którego dla kwalifikacji błędu w obliczeniu ceny nie ma znaczenia geneza, wymiar czy skala stwierdzonego uchybienia.”

W wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09 Sąd Okręgowy w Krakowie orzekł (przed podjęciem uchwał): „1. Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. 2. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.”

W przywoływanym przez zamawiającego wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09, Sąd Okręgowy w Krakowie (także przed podjęciem uchwał) orzekł: „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.”

W wyroku z 21 maja 2008 r., sygn. akt XII Ga 151/08, Sąd Okręgowy w Gdańsku orzekając (również przed podjęciem uchwał) w przedmiocie oczywistej omyłki pisarskiej, w końcowej części uzasadnienia wyroku wskazał na projekt nowelizacji Pzp (numer druku 471 - ze stron internetowych Sejmu i Senatu), zmieniającej przepis art. 87 ust. 2 Pzp, w którym

podano: (...) „Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”. W Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr (...), opracowanie pt. Kontrola udzielania zamówień publicznych, Przykłady naruszenia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzone w toku kontroli Prezesa Urzędu zamówień współfinansowanych ze środków UE zakończonych w latach 2011-2013, w przykładzie 3-KU/8/11(str.11-13), przedstawiono - na podstawie orzecznictwa - stanowisko: „(...) należy także zauważyć, że w przypadku wątpliwości zamawiającego, czy niezgodność oferty z treścią siwz ma charakter omyłki, czy też świadomego oświadczenia woli wykonawcy oferującego zamawiającemu element przedmiotu zamówienia, którego nie wymagał, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. Zawarte w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężające, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca sporządza ofertę z pełną świadomością, co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią siwz. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich „nieistotności”, również winny być poprawiane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i brak wyrażenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie (wyrok (...) z dnia 5 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 959/09).”

Krajowa Izba odwoławcza, oceniając stan sprawy ustalony w toku postępowania dowodowego, z uwzględnieniem przedstawionej linii orzeczniczej i interpretacji przepisów Pzp, uznała, że wskazanie w ofercie odwołującego stawki podatku VAT 8%, zamiast 23% dla czynności: TRANS-REM/ (...) i TRANS-PAR, kwalifikowało się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający wskazując w SIWZ stawkę podatku VAT, jaką należy zastosować dla spornych czynności, uprawniony był do poprawienia oferty bez uzyskiwania wyjaśnień odwołującego, co wynika z przywołanego przepisu (poprawienie omyłki bez udziału wykonawcy i niezwłoczne zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona). W razie wątpliwości, był również uprawniony do żądania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z dyspozycją przepisu - uprawnienie nieograniczone, co do zakresu żądanych wyjaśnień, jak również nieograniczone do jednokrotności tej czynności. Jedyne ograniczenie ustawowe, to zakaz prowadzenia z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 artykułu, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zastosowanie przepisu lub zaniechanie jego zastosowania, nie stanowi podstawy do formułowania roszczeń wykonawcy z tego tytułu. Wyjaśnienia odwołującego z16.01.2014 r. (udzielone w określonym terminie i z zachowaniem formy wymaganej w SIWZ), zamawiający powinien ocenić z uwzględnieniem uzupełnienia przesłanego w tym dniu drogą elektroniczną, gdyż brak jest racjonalnych przesłanek całkowitego pominięcia uzupełnienia, przesłanego tą drogą, by zachować wskazany przez zamawiającego termin. Treść wyjaśnień wskazuje na ewentualne zastosowanie praktykowanej przez odwołującego formy wykonywania tego typu usługi oraz dotychczasowe doświadczenie w stosowaniu stawki podatku VAT 8% zamiast 23%, wynikające również z indywidualnych interpretacji podatkowych, różniących się w zależności od pytającego podmiotu i treści zapytania. W przeciwieństwie do ustaleń w sprawie KIO 3/13 przywołanej przez zamawiającego, w tym przypadku wyjaśnienia złożone po ujawnieniu cen ofert, nie potwierdzają by odwołujący przez zastosowanie stawki 8% zamiast 23%, dążył w ten sposób do uzyskania zamówienia. Okoliczności przedstawione w wyjaśnieniach odpowiadają

okolicznościom wskazanym w orzecznictwie, które uzasadniają uznanie innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwzględnieniem niezawężającej interpretacji tego unormowania. Nieistotność omyłki, wobec różnicy w cenie oferty z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT, wskazanej przez odwołującego jako kwoty 312 zł, została w istocie przyznana przez zamawiającego. Wobec wykazania przez odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nie zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co w konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki uwzględnienia odwołania. W tej sytuacji Izba uznała za uzasadnione powtórzenie czynności badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, póź. 238), zasądzając na rzecz odwołującego kwotę 18.634zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (34 zł), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Skargę na powyższy wyrok wniósł zamawiający, zaskarżając przedmiotowe orzeczenie w całości, zarzucając mu:

1. wydanie go z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, to jest z naruszeniem przepisów prawa procesowego określonych w art. 190 ust. 7 i ust. 3 w związku z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp przez przyjęcie rozszerzającej wykładni pojęcia „inna omyłka”, uznanie za wykazane faktów ustalonych z naruszeniem reguł dowodowych, to jest przyjęcie dowodu złożonego z naruszeniem wymaganej formy, co miało wpływ na treść orzeczenia w przedmiotowej sprawie,
2. wydanie go z naruszeniem prawa materialnego, to jest art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie,
3. sprzeczność istotnych ustaleń I. z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym,

Mając na uwadze podniesione zarzuty wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego orzeczenia i oddalenie odwołania.
2. zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

W ocenie skarżącego z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej nie sposób się zgodzić z powodów wskazanych w zarzutach skargi. Przedmiotowe rozstrzygnięcie zapadło w związku z odwołaniem wniesionym przez Przeciwnika na czynność Skarżącego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi z zakresu gospodarki Leśnej Nadleśnictwa W. w roku 2014”, znak sprawy SA-2710-4/13, a konkretnie na czynność odrzucenia oferty odwołującego się z powodu błędu w obliczeniu ceny - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przeciwnik złożył ofertę na pakiet nr 10, dotyczący usług w leśnictwie Huta. Skarżący uznał, iż oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny przez wskazanie niewłaściwej stawki podatku VAT dla czynności TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR, to jest usług transportowych szczegółowo opisanych w Załączniku Nr 15J do SIWZ (punkt III ppkt 16 i 19 oraz punkt IV ppkt 20). Czynność odrzucenia oferty poprzedzona była wezwaniem Przeciwnika do złożenia wyjaśnień w zakresie podstawy prawnej zastosowania 8% stawki podatku VAT. W SIWZ Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia co do treści złożonych ofert Wykonawcy składają w formie pisemnej (Rozdział VIII i Rozdział XVI SIWZ). W pisemnych wyjaśnieniach z 16.01.2014r., Przeciwnik szczegółowo uzasadnił, z jakich powodów dla czynności transportowych przyjął 8% stawkę podatku VAT dla czynności transportowych. Konkretnie argumentowano wybór obniżonej stawki podatku VAT sposobem wykonania usługi, to jest zamiarem wywozu śmieci przez wynajętą specjalistyczną firmę, odwołaniem się do sposobu wykonywania usługi zawartym w opisie czynności do wykonania i uzasadnieniem, iż transport będzie odbywał się tylko po terenie leśnym, gdyż poza terenem leśnym jak można wywodzić, usługę

przejmie firma specjalistyczna. Ponadto odwołano się do dysponowania interpretacją Dyrektora Izby Skarbowej z dnia 15.06.2011 r. oraz wskazano, iż transport ma charakter czynności pomocniczej do wykonania usługi podstawowej, a dodatkowo uzasadniono przyjęcie 8% stawki VAT stawkami podatkowymi stosowanymi w innych Nadleśnictwach. W ślad za wyjaśnieniami pisemnymi Przeciwnik przesłał do Zamawiającego wyjaśnienia złożone drogą elektroniczną w których wywodził, iż popełnił błąd w obliczeniu ceny będący omyłką kwalifikującą się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem Skarżącego argumenty odwołującego nie pozwalały na przyjęcie, iż co do stawki podatku od spornych czynności można zastosować preferencyjną obniżoną 8% stawkę podatku VAT i usługi te powinny być opodatkowane podstawową 23 % stawką podatku VAT. Skarżący uznał, iż oferta Przeciwnika zawiera błąd w obliczeniu ceny nie kwalifikujący się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca świadomie zastosował 8% stawkę podatku VAT dla czynności transportowych po szczegółowym zanalizowaniu zapisów SIWZ w zakresie sposobu wykonywania czynności transportowych, a nadto odwołując się do interpretacji podatkowych. Na czynności Zamawiającego Przeciwnik wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając naruszenie szeregu przepisów przedstawionych wyżej w uzasadnieniu. W zaskarżonym orzeczeniu (...) uznała, iż Przeciwnik nie miał interesu w kwestionowaniu czynności Zamawiającego w pakietach, na które nie składał oferty, konkretnie chodziło o pakiet numer 11, natomiast w pozostałym zakresie uwzględniono odwołanie wydając kwestionowane przez Skarżącego rozstrzygnięcie. W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia (...) uznała, iż Zamawiający wskazał w SIWZ stawkę podatku VAT, Przeciwnik zastosował inną stawkę VAT niż wymagana, jednakże czynność Wykonawcy kwalifikowała się do poprawienia w trybie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia można wywodzić, iż nie należy przyjmować zawężającej wykładni omyłki, a nadto, iż Zamawiający powinien był uznać wyjaśnienia, złożone przez wykonawcę w formie elektronicznej 16 stycznia 2014 r. Z rozumowaniem (...) w zakresie uzasadnienia uwzględnienia odwołania nie sposób się zgodzić. Z uzasadnienia tego a contrario można wywodzić, że dla interpretacji pojęcia inna omyłka należy stosować szeroką wykładnię, a ponadto, iż można wykazywać istnienie faktów istotnych dla sprawy z naruszeniem reguł postępowania dowodowego, co miało wpływ na wynik sprawy. Zdaniem Skarżącego przy wydawaniu orzeczenia (...) dokonała dowolnej oceny zebranego materiału dowodowego stosując niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą pojęcie „inna omyłka”. Prawo zamówień publicznych jest częścią obowiązującego porządku prawnego. Oprócz ustawy prawo zamówień publicznych ustawodawca posługuje się pojęciami „omyłka „ i „inna omyłka” w różnych aktach prawnych, to jest w art. 350 K.p.c, art. 105 § 1 K.p.k, art. 113 § 1 K.p.a. Termin „omyłka” lub „inna omyłka” najczęściej jest nie definiowany przez ustawodawcę. Taka sytuacja ma również miejsce w art. 87 (...), gdzie ustawodawca używa pojęcia omyłki pisarskie, rachunkowe oraz inne omyłki, nie definiując tych pojęć. Przy stosowaniu tych pojęć przyjmuje się jednak ogólne reguły wykładni aktów prawnych, to jest prymat wykładni językowej nad wykładnią funkcjonalną. Natomiast przy wykładni językowej stosuje się ogólne zasady wykładni językowej. W słowniku języka polskiego „omyłka” definiowana jest jako popełnienie błędu, popełnienie pomyłki. Przyjmuje się, iż z omyłką mamy do czynienia wówczas, gdy dochodzi do rozbieżności między wolą (intencją) osoby, a pisemną formą wyrażenia oświadczenia woli. Inaczej mówiąc dla omyłki należy wykazać, iż złożono pisemne oświadczenie innej treści niż zamierzano. Stosowanie wykładni rozszerzającej lub zawężającej zamiast dosłownej wykładni językowej daje co prawda większą swobodę interpretowania przepisów, ale wskazane typy wykładni, zdaniem doktryny są niedopuszczalne w tych dziedzinach prawa, gdzie przepisy procedury stwarzają kompetencje dla organów państwa do władczego rozstrzygnięcia o sytuacji strony (tak A. R., S. W. i Z. Z. w publikacji Zarys Teorii Państwa i Prawa, Wydawnictwo (...), str. 208). Zdaniem Skarżącego do dziedzin prawa objętych zakazem wykładni rozszerzającej i zwężającej należy ustawa prawo zamówień publicznych. Ustawa ta stwarza możliwość wpływania przez Krajową Izbę Odwoławczą na wyniki postępowań o udzielenie zamówień publicznych, tak więc dokonywanie wykładni przepisów z uwzględnieniem ogólnych reguł interpretacyjnych ma szczególnie doniosłe znaczenie. Wskazana ustawa jest aktem prawnym sformalizowanym, nakazującym między innymi równe traktowanie wykonawców (art. 7 ustawy). Wskazane uwagi są istotne dla przedmiotowej sprawy, ponieważ istota sporu w postępowaniu odwoławczym koncentrowała się na ustaleniu, czy błąd w obliczeniu ceny, który został popełniony przez Przeciwnika, kwalifikował się do poprawienia jako omyłka w trybie art. 97 ust. 2 pkt 3 ustawy Pz.p. Skarżący odniósł się do przytoczanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i przez strony postępowania na etapie postępowania odwoławczego uchwały Sądu Najwyższego, która przesądziła, iż błędna stawka VAT co do zasady jest błędem w obliczeniu ceny, a konkretnie chodzi o uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. w sprawie III CZ 52/11. W uchwale tej Sąd Najwyższy wskazał, iż błędna stawka VAT jest błędem w obliczeniu ceny, o ile nie kwalifikuje

się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Na tle tego orzeczenia przyjmuje się, iż jeżeli w SIWZ wskazano stawkę VAT, to podanie błędnej stawki VAT przez Wykonawcę wymaga rozważenia poprawienia w trybie poprawienia omyłek. W uzasadnieniu wskazanej uchwały zawarto wskazanie, iż o poprawieniu błędnej stawki VAT w trybie omyłki decydują okoliczności faktyczne sprawy, co w przedmiotowej sprawie wiąże się z zarzutem sprzeczności ustaleń (...) z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym. Na podstawie dowodów zebranych w sprawie nie sposób jest podzielić poglądu (...), iż podanie przez przeciwnika stawki 8% VAT było działaniem niezamierzonym, gdyż pozostaje ono w sprzeczności z dowodami zebranymi w sprawie. W tym zakresie materiał dowodowy sprawy musiałby wskazywać, iż wykonawca chciał złożyć ofertę z podstawową 23 % stawką podatku VAT na czynności TRANS-REM, (...) i TRANS PAR, natomiast doszło do rozbieżności między zamiarem Wykonawcy, a pisemną treścią oferty. Tymczasem ocena materiału dowodowego, to jest treść oferty Wykonawcy, pisemne wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 16 stycznia 2014 r., jak również dokumenty, przedkładane przez Wykonawcę na rozprawie odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 r. , to jest kopie rachunków wystawianych innym Nadleśnictwom dla wykazania stosowania 8% stawki VAT dla usług transportowych (ostatni dowód pominięty w ustaleniach (...)) prowadzą do wniosku, iż Wykonawca zamierzał złożyć ofertę z 8% stawką podatku VAT w odniesieniu do usług transportowych i w świetle wyjaśnień pisemnych z dnia 16 stycznia 2014 r. był przekonany, iż taka stawka będzie właściwa. Wykonawca złożył zatem pisemną ofertę zgodną z własną intencją co do treści oferty. Z wyjaśnień wykonawcy wynika, iż zastosowanie 8% stawki VAT poprzedzone było analizą sposobu wykonywania czynności transportowych ujętych w załącznikach do SIWZ. Nie sposób zatem przyjąć, jak próbowano wykazać w odwołaniu do (...), iż Wykonawca dążył do złożenia oferty zgodnej z wymogami SIWZ, lecz na skutek omyłki podał błędny VAT. Tezie tej przeczy ocena materiału dowodowego. Biorąc pod uwagę znaczenie formy dokumentów dla wykazania skutków z nich wynikających nie sposób jest podzielić poglądu (...), iż skarżący powinien uznać złożone drogą elektroniczną wyjaśnienia Przeciwnika, które w istocie są zmianą wcześniejszych wyjaśnień pisemnych. Uznanie przez (...) faktu, iż Wykonawca powołuje się na omyłkę w ustaleniu stawki VAT związane było z dopuszczeniem dowodu, który powinien zostać pominięty. W tym zakresie wskazał, iż ustawa P.z.p cechuje się dużym formalizmem. Zasadą ogólną jest prowadzenie postępowania w formie pisemnej. Przewidziane w art. 27 ustawy ograniczenie zasady pisemności pozostawione jest uznaniu Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu dla wyjaśnień treści oferty Zamawiający zastrzegł formę pisemną. Naruszenie dochowania zwykłej formy pisemnej ma skutki dowodowe zgodnie z treścią art. 74kc. Tak więc (...) powinna była uznać, iż Wykonawca nie złożył wyjaśnień, w których powołuje się na pomyłkę, a przesłanych e-mailem. Wyjaśnienia treści oferty mają doniosłe znaczenie na gruncie ustawy P.z.p, gdyż są uznawane za część oferty. Dodania wymaga, iż nawet, gdyby wykonawca dla uzupełnienia wyjaśnień zachował formę pisemną, to prowadziłoby to zmiany pierwotnych wyjaśnień związanych z treścią oferty, a zatem czynności nie przewidzianej ustawą P.z.p. Wyjaśniając zarzut błędnej wykładni art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. należy zwrócić uwagę, iż dla poprawienia omyłki w tym trybie zaistnieć muszą łącznie obie przesłanki. Po pierwsze, musimy mieć do czynienia z omyłką, a po drugie poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnych zmian treści oferty. Wystąpienie tylko jednej z tych przesłanek nie jest wystarczające, aby stosować wskazany przepis. Cytowane w kwestionowanym rozstrzygnięciu orzeczenia (...), w tym orzeczenie w sprawie KIO 3/13 nie prowadzą do wniosku, aby można było odstąpić od rozważania zaistnienia obu przesłanek, a tymczasem w zaskarżonym orzeczeniu (...) skupiła się na uznaniu, czy błąd wykonawcy spowoduje istotną zmianę treści oferty. W tym stanie rzeczy zastosowanie przez Izbę art. 87 ust. 2 pkt 3, jak i odmowa zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p została dokonana z naruszeniem reguł ich wykładni.

W odpowiedzi na skargę odwołujący wniósł o jej oddalenie jako niezasadnej i o zasądzenie na swoją rzecz od Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie odwoławcze według norm przepisanych. W obszernym uzasadnieniu powyższego pisma ponownie przedstawił swoje twierdzenia i stanowisko zawarte w odwołaniu i prezentowane na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skarga nie jest zasadna.

W istocie wywody zawarte w części motywacyjnej środka zaskarżenia prowadzą się do prezentowania przez zamawiającego własnej, korzystnej dla niego, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej wersji stanu

faktycznego i poczynionych na tym tle rozważań prawnych. Tego rodzaju polemika nosi cechy dowolności i nie może wywoływać oczekiwanych przez skarżącego rezultatów. (...) w sposób prawidłowy i staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe oraz w sposób wnikliwy i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody i okoliczności przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana z uwzględnieniem reguł rządzących postępowaniem cywilnym, jest oceną wszechstronną i bezstronną, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego, nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych. Ponadto uzasadnienie wyroku odpowiada wymaganiom art. 328 kpc, jest prawidłowe i wyczerpujące. Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła stan faktyczny sprawy z poczynionych ustaleń wyciągnęła właściwe wnioski prawne, stąd ustalenia te jak i wnioski prawne Sąd Okręgowy uznaje za własne.

Krajowa Izba Odwoławcza trafnie wskazała, że w niniejszej sprawie istotę sporu stanowiło ustalenie, czy zastosowanie przez odwołującego w swojej ofercie dla trzech czynności w ramach oferowanej usługi, stawki 8% podatku VAT, zamiast stawki 23%, podatku VAT jest inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodującą istotnych zmian treści oferty, którą zamawiający mógł poprawić czy też jak to uczynił, ofertę Odwołującego odrzucić. Pozostaje poza sporem, że w punkcie XV- Opis sposobu obliczenia ceny-, w podpunkcie 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający jednoznacznie zapisał, że „ w cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług[VAT], zgodnie z obowiązującymi aktualnie stawkami dla poszczególnych czynności. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego należy stosować 8% stawkę podatku VAT z wyjątkiem następujących czynności: (...), (...), (...), TRANS-REM, (...), (...), (...), TRANS-PAR, dla których należy zastosować 23% stawkę podatku VAT”. Powyższy zapis SIWZ-u jest w swojej treści jasny i precyzyjny, pozwalający w nie budzący sposób na ustalenie, że zamawiający jednoznacznie wskazał stawki podatku VAT jakie powinni uwzględniać potencjalni wykonawcy przy opracowywaniu ofert pod ogłoszone zamówienie. Inaczej powyższego zapisu odczytać nie sposób. A już na pewno nie można przyjąć, że w SIWZ-e zamawiający pozostawił otwarte pole dla wykonawców nie wskazując stawek podatku VAT dla poszczególnych czynności, pozostawiając tę kwestię swobodnemu uznaniu wykonawców.

Nie budzi również wątpliwości, że odwołujący złożył ofertę na pakiet nr 10 określony w SIWZ to jest leśnictwo Huta, oferując wykonanie zamówienia za cenę brutto 278.365,34zł. W formularzu cenowym oferty- załącznik nr 11j do SIWZ, przy ustalaniu ceny dla czynności TRANS-REM, (...) i TRANS- PAR przyjął 8% stawkę podatku VAT. Różnica kwotowa pomiędzy stawkami 8% i 23% dla tych trzech czynności to kwota 312zł[fakt nie kwestionowany przez zamawiającego]. Pismem z 8 stycznia 2014r., komisja przetargowa zamawiającego na podstawie art. 90 ust.1 (...) wezwała odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym o podanie wszystkich wskaźników cenotwórczych zastosowanych przy sporządzonej kalkulacji, sposobu kalkulacji oraz czynników, które wpłynęły na obniżenie ceny w kontekście ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Jak wynika z treści pisma, komisja przetargowa ustaliła, że zaoferowana cena znacznie odbiega od kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz od cen pozostałych wykonawców. W dalszej części pisma wezwano odwołującego - „ wobec stwierdzenia zastosowania przez Wykonawców w ofercie preferencyjnej 8% stawki podatku VAT dla czynności: TRANS-REM, (...) i TRANS-PAR, zamiast stawki podstawowej[23%] do wyjaśnienia treści oferty tj. wskazania podstawy zastosowania obniżonej stawki podatku VAT”. W zakreślonym terminie pismem z 16 stycznia 2014r., cytowanym wyżej w uzasadnieniu odwołujący udzielił zamawiającemu szczegółowej odpowiedzi na zadane pytania w tym obszernie wyjaśnił powody, dla których, dla opisanych wyżej trzech czynności zastosował stawkę 8% podatku VAT. Co przy tym istotne, w powyższym piśmie już sygnalizował istnienie różnych stanowisk w zakresie wysokości stawki podatku VAT od transportu stosowanego w usługach z zakresu gospodarki leśnej i dlatego zastosował stawkę 8% podatku VAT. Dodatkowo wyjaśnienia podbudował cytowanymi w piśmie wyrokami (...) oraz Sądów Okręgowych w aspekcie interpretacji rażąco niskiej ceny. Nadto w emailu z 16 stycznia 2014r., godz.14.50 skierowanym do zamawiającego, w nawiązaniu do udzielonych pisemnych wyjaśnień podał, że jeżeli zamawiający stwierdzi, iż zastosowana stawka podatku VAT w wysokości 8% dla tych 3 czynności była błędna powinien postąpić zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy (...).

Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Odwołującego, ich ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy (...) odrzucił albowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny, za które uznać należało przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Dla czynności określonych jako : TRANS-REM, (...), TRANS-PAR zastosowali bowiem 8% stawkę podatku VAT zamiast 23%. Podkreślono, iż z wyjaśnień odwołującego wynika, że zastosowanie 8% stawki podatku VAT zamiast 23% nie było wynikiem omyłki, lecz w pełni ich świadomego działania i tym samym nie wystąpiły przesłanki do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust.2 (...).

Wobec poczynionych wyżej ustaleń zarzuty skargi jawią się jako oczywiście niezasadne. Stosownie do przepisu art. 89 ust.1 pkt 6 (...) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Z kolei przepis art. 87 ust.2 pkt 3 (...) uprawnia zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Co przy tym istotne, znamienne jest postawa zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie akcentował, że w dokumentach do SIWZ-u nie określił jednoznacznie stawek podatku VAT dla obliczania ceny za wykonanie poszczególnych usług pozostawiając to swobodnej decyzji każdego ubiegającego się o zamówienie. W skardze na wyrok (...) powyższej argumentacji już nie podtrzymywał. W ocenie Sądu Okręgowego w świetle tego co przedstawiono wyżej oczywistym jest, że stawki podatku VAT zostały przez zamawiającego podane co do wysokości jednoznacznie. Powyższe rozważania mają znaczenie w kontekście prezentowanego w skardze konsekwentnie stanowiska, że czynności odwołującego co do zastosowania stawki 8% podatku VAT były w pełni świadome, konsekwentne i tym samym nie podlegające poprawieniu. Pozostaje otwartym pytanie po co odwołujący świadomie i z premedytacją taką stawkę podatku VAT zastosował, która w przeliczeniu na pieniądze wynosiła 312zł. Czy przyjęcie stawki 8% podatku VAT spowodowało istotną zmianę treści oferty. Wyjaśnienia odwołującego zawarte w piśmie z 16 stycznia 2014r., wcale do takich jednoznacznych ocen nie prowadzą. Przeciwnie w treści powyższego pisma odwołujący szczegółowo uzasadniając zastosowanie stawki 8% podatku VAT podał, że taką stawkę podatku VAT zastosował między innymi w związku z różnymi stanowiskami w zakresie wysokości stawki podatku VAT od transportu stosowanego w usługach z zakresu gospodarki leśnej. Odwołujący niczego nie ukrywał, a wręcz przeciwnie godził się [vide email z 16.01.2014r.,] na poprawienie powyższej stawki z 8% na 23% jeżeli zamawiający uzna to za zasadne według jego wiedzy. Reasumując, w przedstawionym wyżej stanie faktycznym sprawy zamawiający był w pełni uprawniony do sprostowania stawki podatku VAT z 8% na 23% jeżeli uznawał, że ta ostatnia jest prawidłowa. Zdaniem Sądu Okręgowego już sama treść pisma odwołującego z 16 stycznia 2014r., uprawniała do tego zamawiającego, bez uwzględnienia dodatkowego emaila. Zatem zarzut dopuszczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą emaila odwołującego z 16 stycznia 2014r., który zmieniał wyjaśnienia pisemne z tej daty na uwzględnienie nie zasługuje. (...) w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyłącznie nadmieniła, że zamawiający treści emaila nie powinien pomijać w kontekście pisemnych wyjaśnień z tej samej daty. Natomiast tego emaila nie uznała za dowód przesądzający zasadność odwołania. Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 i art. 87 ust.2 pkt 3 (...) przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie w powiązaniu z zarzutem naruszenia art. 191 ust.2 (...) przez przyjęcie rozszerzającej wykładni pojęcia „inna omyłka”, w świetle tego co przedstawiono wyżej jest również nietrafny. To, że Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia posłużyła się pojęciem niezawężającej wykładni „innej omyłki” wcale nie oznacza, że dokonała nieuprawnionej wykładni rozszerzającej tego pojęcia. Po raz kolejny należy wskazać na konieczność oceny zasadności skargi w kontekście stanu faktycznego niniejszej sprawy. Omyłka wykonawcy przygotowującego i przedstawiającego ofertę może bowiem również wynikać z jego błędnego przekonania co do sposobu wykonania zamówienia i zastosowania w tym aspekcie określonej stawki podatku VAT, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Odwołujący okoliczności zastosowania stawki 8% podatku VAT szczegółowo wyjaśnił w piśmie z 16 stycznia 2014r. Mając na uwadze nieistotność różnicy kwotowej w stawce VAT, zamawiający bez wątpliwości powinien na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 (...) stawkę VAT poprawić zawiadamiając o tym odwołującego, a nie ofertę odrzucić. Zamawiający, co przedstawiono wyżej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił jednoznacznie stawkę podatku VAT [23%] dla opisanych wyżej trzech czynności na wykonanie usług dla leśnictwa Huta i wedle tego kryterium oceniał złożone przez Wykonawców oferty jak i żądał wyjaśnień od odwołującego. Mógł zatem ofertę odwołującego, znając jego wyjaśnienia oraz wiedząc, iż różnica w stawce podatku VAT jest nieistotna,

stawkę tę w kategoriach innej omyłki poprawić. Sąd Okręgowy w tej mierze w pełni aprobuje stanowisko zawarte w uchwałach Sądu Najwyższego z 20.10.2011r. III CZP 53/11 i III CZP 52/11.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 198f ust.2 (...) skargę jako bezzasadną oddalono, o kosztach zastępstwa procesowego za postępowanie odwoławcze rozstrzygając na podstawie art. 198f ust.5 (...) w zw. z art. 108§1 kpc i art. 98§1 i §3 kpc, art. 99 kpc w zw. z §5 i §10 ust.1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r., w sprawie opłat za czynności radców prawnych...”[Dz.U. nr 163 poz.1349 z póź. zm.]. Odwołujący w toku postępowania przed Sądem Okręgowym był reprezentowany przez pełnomocnika w osobie radcy prawnego, który w odpowiedzi na skargę zamawiającego, wnosząc o jej oddalenie domagał się też zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

Przepis art. 198a ust.2 (...) stanowi, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Z kolei art. 198f ust.1 pkt 5 ustawy (...) stanowi, że strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku; określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania.

Przepis ten powtarza zatem na potrzeby postępowania skargowego, wynikającą z art. 98 § 1 k.p.c., dotyczącą zwrotu kosztów postępowania zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Zgodnie z art. 98§1 kpc strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Do kosztów tych z mocy art. 98§3 kpc i art. 99kpc zalicza się w sytuacji gdy strona jest reprezentowana przez radcę prawnego, wynagrodzenie w wysokości należnej według przepisów o wynagrodzeniu adwokata[tu radcy prawnego]. Wynagrodzenie radcy prawnego określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r., „ w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu”.[tekst jednolity Dz.U. 2013r. poz.490]. Zgodnie z §4 rozporządzenia wysokość stawki minimalnej zależy od wartości przedmiotu sporu lub jej rodzaju. Natomiast wedle przepisu §5 rozporządzenia wysokość stawek minimalnych w sprawach nieokreślonych w rozporządzeniu ustala się, przyjmując za podstawę stawkę w sprawach o najbardziej zbliżonym rodzaju. Cytowane rozporządzenie nie określa minimalnej stawki wynagrodzenia pełnomocnika w osobie radcy prawnego w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego w następstwie rozpoznawania przez sąd skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym kierując się dyspozycją §5 cytowanego rozporządzenia oraz posiłkowo art. 185 ust.5 (...) Sąd Okręgowy uznał, że sprawą o najbardziej zbliżonym rodzaju jest sprawa o uchylenie wyroku sądu polubownego[§10ust.1 pkt 4], w której stawkę minimalną wynagrodzenia pełnomocnika określono na kwotę 1.200zł. Kwota ta jest w pełni adekwatna do włożonego nakładu pracy pełnomocnika w sporządzeniu odpowiedzi na skargę zamawiającego i zaangażowania w postępowaniu przed sądem. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

E. K. R. T. A. S.