

Sygn. akt KIO/UZP 449/08

WYROK
z dnia 26 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Grzegorz Mazurek

Izabela Niedziałek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bialmed Sp. z o.o., 12-230 Biała Piska, ul. M. Konopnickiej 11 a**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielkopolskie Centrum Onkologii, 61-866 Poznań, ul Garbary 15**, protestu z dnia 28 kwietnia 2008 r.,

przy udziale wykonawcy „**Polska Grupa Farmaceutyczna**” **Spółka Akcyjna w Łodzi Oddział w Katowicach, 91-342 Łódź, ul. Zbąszyńska 3**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Bialmed Sp. z o.o., 12-230 Biała Piska, ul. M. Konopnickiej 11 a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł. 00gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Bialmed Sp. z o.o., 12-230 Biała Piska, ul. Konopnickiej 11a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty zł..... gr. (słownie:) przez stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwotyzł. ... gr. (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bialmed Sp. z o.o., 12-230 Biała Piska, ul. Konopnickiej 11a.**

Uzasadnienie

Odwołanie rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą zostało wniesione w dniu 12 maja 2008 r. poprzez złożenie w placówce operatora publicznego – Biała Piska, przez **Odwołującego – Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Piskiej**, od rozstrzygnięcia protestu przez **Zamawiającego – Wielkopolskie Centrum Onkologii z siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa pod nazwą „Zakup i dostawa leków i opatrunków 22 pakiety”, w zakresie pakietu nr 6 .

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że oddalając protest na czynność odrzucenia oferty Odwołującego i wybór, jako najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 6, złożonej przez firmę Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi, naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655):

1) art. 89 ust.1 pkt 6 poprzez bezzasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera omyłki rachunkowe, których nie można poprawić zgodnie z art. z art. 88 ustawy Pzp,

2) art. 88 pkt 3 lit.a poprzez zaniechanie przyjęcia, że oferta Odwołującego zawiera omyłkę rachunkową, o której mowa we wskazanym przepisie, co w konsekwencji nie może wpływać na odrzucenie oferty,

3) art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 6 oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 28 kwietnia 2008 r., na rozprawie potwierdził, że w dniu 28 kwietnia 2008 r. zawiadomienie doręczono mu faksem. Jako podstawę odrzucenia oferty Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, uzasadniając stanowisko następująco: "Oferta w pakiecie nr 6 zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny. W ofercie błędnie obliczono VAT i cenę brutto oferty".

Odwołujący podniósł m.in., że ceną oferty jest cena ryczałtowa, co wynika zarówno z tabeli, w której Zamawiający żądał podania ceny (jednostkowej netto, wartości jednostkowej VAT, ceny jednostkowej brutto, wartości całkowitej netto, wartości całkowitej VAT oraz wartości całkowitej brutto) oferty w pakiecie, jak również sam Zamawiający przesądził o tym w SIWZ - pkt XII pt. Opis sposobu obliczenia ceny, stanowiąc, że „Wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty wszystkie przewidywane koszty realizacji zamówienia, które mają wpływ na cenę oferty” oraz w § 4 wzoru umowy – „Całkowita wartość zamówienia zgodnie z ofertą, będącą integralną częścią niniejszej umowy, wynosi:...”.

W ocenie Odwołującego, w cenie oferty, określonej za cały przedmiot zamówienia albo za jego część(cena ryczałtowa), przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. W przypadku stwierdzenia błędu rachunkowego przy obliczeniu wartości netto należy uznać, że kwalifikuje się ona do poprawienia na podstawie i w sposób określony w art. 88 pkt 3 lit. a ustawy.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający zmienił podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując na zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT, tj. 14 %, czego Zamawiający nie zarzucał Odwołującemu w treści rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, w piśmie z dnia 22 kwietnia 2008 r. Stawka podatku VAT 14 % nigdzie w ofercie nie została podana.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem wniesionym w dniu 28 kwietnia 2008 r., w którym Odwołujący wskazał naruszenie tych samych przepisów prawnych i zamieścił żądanie dokonania czynności, tak jak w odwołaniu.

Zamawiający oddalił w całości protest podając, że nie jest możliwe poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny na podstawie art. 88 ustawy. Uznał, że Odwołujący prawidłowo obliczył wartość netto (odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar), natomiast do wartości netto dodał 14 % VAT (powinno być 7%, zgodnie z formularzem ofertowym), co powoduje, że wartość brutto oferty jest nieprawidłowa. Nieprawidłowe wartości brutto ujęte zostały w formularzu cenowym str. 2 oferty, jak i w formularzu ofertowym str. 5 oferty. Zamawiający stwierdził, że nie mógł dokonać poprawienia oferty na podstawie art. 88 pkt 3 lit.a Pzp, a także na podstawie innych przesłanek określonych w tych przepisach. Powołując się na wyrok Zespołu Arbitrów stwierdził, że podanie niewłaściwej stawki podatku VAT, niezgodnej z obowiązującymi przepisami, należy traktować jako błąd w obliczeniu ceny inny niż omyłka rachunkowa. Błąd ten nie może być poprawiony na podstawie art. 88 ustawy Pzp, a jego stwierdzenie skutkuje odrzuceniem oferty w myśl art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie i został dopuszczony do udziału w sprawie po stronie zamawiającego wykonawca **„Polska Grupa Farmaceutyczna” Spółka Akcyjna w Łodzi Oddział w Katowicach.**

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dowodów przeprowadzonych w toku rozprawy, w szczególności z oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, w tym SIWZ, protokołu postępowania (DRUK ZP-1), ofert wykonawców, którzy złożyli oferty na dostawę w pakiecie nr 6 oraz wyjaśnień uczestniczących w rozprawie stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008 / S 32 – 043754 z dnia 15.02.2008 r.

Wartość zamówienia ustalono w kwocie przekraczającej równowartość progów unijnych dla dostaw i usług (1 469 492,40 euro). Pakiet nr 6, którego dotyczy odwołanie obejmował dostawę leku:

1. CAMPTO) INJ IV 100mg/5ml KONCENTRAT opak=1 fiolka 5ml,
2. CAMPTO) INJ IV 40mg/2ml KONCENTRAT opak=1 fiolka 2ml.

W postępowaniu złożono w pakiecie nr 6 - 5 ofert. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i spośród pozostałych 4 ofert dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą

złożyła firma – „Polska Grupa Farmaceutyczna” S.A., Przystępujący w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, będąc zobowiązanym na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp do opisanego sposobu obliczenia ceny oferty, w SIWZ pkt XII „Opis sposobu obliczenia ceny” podał:

„• Wykonawca w przedstawionej ofercie winien zaoferować cenę kompletną, jednoznaczną i ostateczną.

• Wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty wszystkie przewidywane koszty realizacji zamówienia, które mają wpływ na cenę oferty.

• Cena oferty winna być wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, w walucie polskiej, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z obowiązującą ustawą o cenach i obliczona zgodnie z konstrukcją formularza ofertowego i cenowego, stanowiącego załącznik nr 1 i nr 2 do niniejszej specyfikacji z uwzględnieniem podatku VAT naliczonym zgodnie z obowiązującymi w terminie składania oferty przepisami. Obowiązkiem składającego ofertę jest wypełnić formularz cenowy dokonując obliczeń wg zasad obowiązujących w rachunkowości.”

W punkcie XIII SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” lit. b) Zamawiający podał: „Wykonawca określi cenę poprzez wypełnienie rubryk w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji. Należy podać cenę netto i brutto uwzględniając szacunkową ilość. Pakiet należy podsumować podając sumę cen netto, co dawać będzie wartość całkowitą netto.

Wartość całkowita brutto winna być obliczona w następujący sposób:

Wartość całkowita netto + podatek VAT (wartość całkowita netto x 0,07 lub 0,22) = wartość całkowita brutto.”

Załącznik nr 1 do specyfikacji „Formularz ofertowy” określał, że wykonawca oferuje przedmiot zamówienia za cenę całkowitą, ustaloną zgodnie z formularzem cenowym – załącznik nr 2 do specyfikacji na kwotę: ...netto, słownie: ..., brutto, słownie:....

Załącznik nr 2 do specyfikacji zawierał tabelę dla poszczególnych pakietów, gdzie w kolumnach 7, 8 i 9 należało podać cenę jednostkową netto (zł), wartość jednostkową VAT (zł), wartość całkowitą netto (zł). Natomiast w kolumnach: 10 - należało podać wartość całkowitą netto (zł), 11 – wartość całkowitą VAT (zł), 12 – wartość całkowitą brutto (zł). Pod tabelą należało podać RAZEM dla poszczególnych pozycji w pakiecie - wartości określone w tabeli w kolumnach 10, 11 i 12.

W ocenie KIO, nie ulega wątpliwości, że niezależnie od faktu, który został potwierdzony przez obie strony, iż cena oferty jest ceną ryczałtową, wykonawcy mieli obowiązek podać w

załączniku nr 2 (Formularz cenowy, kolumny 10, 11 i 12) wartości całkowite - netto, VAT, która wynikała z prawidłowo przyjętej stawki, jednoznacznie wskazanej przez Zamawiającego - 7% lub 22% oraz brutto. Strony zgodnie potwierdziły podczas rozprawy, że w pakiecie nr 6 obowiązuje stawka 7% VAT.

Odwołujący podał w ofercie:

– załącznik nr 1 do specyfikacji (Formularz ofertowy) w pakiecie nr 6 cenę 905 680,00 zł netto..., 1 032 475,20 zł. brutto ...;

- załącznik nr 2 w pozycji 1, wartość całkowitą netto (zł) 715 020,00 (kolumna 10), wartość całkowitą VAT (zł) 50 051,40 (kolumna 11), wartość całkowitą brutto (zł) 815 122,80 (kolumna 12). W pozycji nr 2, wartość całkowitą netto (zł) 190 660,00 (kolumna 10), wartość całkowitą VAT (zł) 13 346,20 (kolumna 11), wartość całkowitą brutto (zł) 217 352,40 (zł) (kolumna 12). Wartość RAZEM wyniosła: w kolumnie 10: 905 680,00, w kolumnie 11: 63 397,60, w kolumnie 12: 1 032 475,20.

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że w celu ustalenia prawidłowości obliczenia ceny oferty, podczas oceny ofert, ustalał wartość VAT przeliczając ją na stawkę VAT. Ustalił, że w ofercie Odwołującego przyjęto dwukrotną wartość całkowitą VAT, co oznaczało, że zamiast 7% stawki VAT, przyjęto 14% VAT. Zamawiający wystąpił do Odwołującego pismem z dnia 17.04.2008 r. EZ/2303/2008 o wyjaśnienie wartości netto i brutto oferty. Podał, że „W ofercie jest netto 905 680,- brutto 1 032 475,20 natomiast wg Zamawiającego winno być netto 905 680,- +7% Vat = 969 077,60 brutto”. Zamawiający poinformował, że „Powyższy błąd matematyczny stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty (podstawa prawna z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP)”.

Odwołujący pismem z dnia 21.04.2008 r. udzielił odpowiedzi informując „iż błędnie została wyliczona kwota brutto. Winno być 905 680,- + 7% = 969 077,60 brutto. W związku z tym zwracamy się z prośbą o poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej zgodnie z art. 88 ustawy PZP.”

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, uzasadniając swoje stanowisko brakiem możliwości poprawienia omyłki rachunkowej na podstawie art. 88, lub błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp). Podał, że w ofercie błędnie obliczono VAT i cenę brutto oferty.

KIO zważyła: przepisy art. 88 ust.1 ustawy Pzp zobowiązują Zamawiającego do poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, wskazując sposób poprawienia omyłki w pkt 1-3. Pkt 3 przepisu dotyczy sposobu poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny oferty w przypadku oferty z ceną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena

ryczałtowa). Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny oferty, jak również nie zawierają określenia błędu w obliczeniu ceny.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, a także Zespołów Arbitrów i interpretacje KIO, określiły, że przez błąd rachunkowy należy rozumieć błąd wynikający z niewłaściwego przeprowadzenia badań arytmetycznych, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji...(postanowienie SN z dnia 21 czerwca 1967 r. sygn. akt II CZ 48/67). Stanowisko takie zostało przyjęte w zakresie omyłki rachunkowej w rozumieniu art. 88 Pzp. (komentarz pod redakcją Włodzimierza Dzierżanowskiego - LEX 2007 – tekst), jak również w orzecznictwie – wyrok ZA 2005. 07. 05 UZP/ZO/0-1605/05. Poprawienie omyłki rachunkowej nie może prowadzić do sprostowania czy zmiany wyrażonej treści, również poprawienia wadliwie zastosowanego przepisu obowiązującego prawa.

KIO uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił stan faktyczny sprawy, bowiem w ofercie Odwołującego nie popełniono omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, w rozumieniu wyżej przytoczonego orzecznictwa i piśmiennictwa, lecz popełniono błąd w obliczeniu ceny oferty, podając niewłaściwie obliczoną wartość całkowitą VAT, a także jako konsekwencję tego błędu, niewłaściwą wartość całkowitą brutto oferty. Błąd dotyczył również stawki VAT, mimo iż podania stawki VAT Zamawiający nie wymagał w SIWZ. Jednakże jednoznacznie określił, że stawka VAT (jeśli chodzi o pakiet nr 6) ma wynosić 7%. Podanie więc kwoty podatku VAT (wartość całkowita VAT) w podwójnej wysokości w stosunku do obowiązujących przepisów prawnych, nie może być poprawione przez Zamawiającego jako omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny. Niezależnie od rodzaju ceny oferty (kosztorysowa czy ryczałtowa), poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej występuje tylko wówczas, jeżeli istotnie, omyłka rachunkowa występuje jako błąd wynikający z niewłaściwego przeprowadzenia badań arytmetycznych, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający miał obowiązek poprawienia błędnej wartości całkowitej brutto oferty wpisując w miejsce kwoty 1 032 475,20 zł, kwotę 969 077,60 zł, na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) Pzp. Przepis ten stanowi, że w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa), przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Postępując zgodnie z wskazanym przepisem, Zamawiający poprawiając błąd w obliczeniu ceny oferty, traktowany przez Odwołującego jako omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny, musiałby pozostawić cenę oferty 1 032 475,20 zł jako prawidłową wartość całkowitą brutto. Tymczasem Odwołujący sam potwierdził w piśmie z dnia 21.04.2008 r. że cena oferty będąca kwotą brutto, została błędnie wyliczona. Wskazał, że do wartości netto należało

dodać 7% VAT i uzyskaną w ten sposób cenę brutto 969 077,60 zł przyjąć jako cenę oferty za oferowany przedmiot zamówienia w pakiecie nr 6.

W ocenie KIO nie nastąpiła również zmiana kwalifikacji podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, jak i w rozstrzygnięciu protestu podano te same fakty, a mianowicie, że wystąpił błąd w obliczeniu ceny oferty, który w istocie nie stanowi omyłki rachunkowej, możliwej do poprawienia na podstawie art. 88 Pzp. W rozstrzygnięciu protestu doprecyzowano, że z obliczenia wartości VAT wynika, że przyjęto faktycznie 14% stawkę VAT.

Biorąc powyższe pod uwagę KIO uznała, iż Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu, tj.:

- 1) art. 89 ust.1 pkt 6 poprzez bezzasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera omyłki rachunkowe, których nie można poprawić zgodnie z art. z art. 88 ustawy Pzp,
- 2) art. 88 pkt 3 lit.a poprzez zaniechanie przyjęcia, że oferta Odwołującego zawiera omyłkę rachunkową, o której mowa we wskazanym przepisie, co w konsekwencji nie może wpływać na odrzucenie oferty,
- 3) art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

Na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp KIO orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....