

WYROK
z dnia 3 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o., 00-697 Warszawa, Al. Jerozolimskie 53** odwołania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, 02-591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 5**

przy udziale przy udziale wykonawcy **NEWTON Media Sp. z o.o., 00-728 Warszawa, ul. Kierbedzia 4** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, 02-591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 5**

i nakazuje:

1. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o., 00-697 Warszawa, Al. Jerozolimskie 53,**
2. dokonać wpłaty kwoty **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, 02-591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 5** na rzecz **Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o., 00-697 Warszawa, Al. Jerozolimskie 53,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

Przewodnicząca:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 20 grudnia 2010 roku.

Odwołującym jest: Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 53; 00-697 Warszawa, który odwołanie złożył w dniu 20 grudnia 2010r.

Zamawiającym jest: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji
Biuro Administracyjno-Finansowe, ul. Stefana Batorego 5; 02-591 Warszawa, który złożył odpowiedź na odwołanie w dniu.

Do postępowania przystąpił po stronie zamawiającego w dniu 24 grudnia 2010 r.: NEWTON Media Sp. o.o. ul. Kierbedzia 4; 00-728 Warszawa
Postępowanie oznaczone jest przez Zamawiającego numerem 55/BAF-VI/PN/10. dotyczy „dostarczania codziennego monitoringu prasy ogólnopolskiej i regionalnej oraz programów radiowych i telewizyjnych, zawierających materiały dotyczące zakresu właściwości Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.
Odwołujący w związku z otrzymaniem od Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz ofertach odrzuconych działając na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „Ustawą”, złożył odwołanie od czynności odrzucenia przez Zamawiającego jego oferty.
Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy wnosząc o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania przez Zamawiającego ponownej czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej a także o zwrot na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ cena brutto oferty została obliczona w oparciu o nieprawidłową stawkę podatku VAT tj. stawkę 23%, obowiązującą w czasie realizacji umowy, a nie jak twierdzi Zamawiający stawkę 22% obowiązującą w dacie sporządzania oferty, powołując się przy tym na opinię UZP.
Odwołujący stwierdził, że z treści opinii wynika, że: „(..) W sytuacji, gdy w chwili składania ofert zmiana stawki podatku VAT nie była znana lub planowana, wykonawcy kalkulują wysokość ceny oferty na tych samych warunkach, tj. z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku VAT.”
Na dzień składania ofert zmiana stawki była znana - wzrost o 1% i planowana - od dnia 01.01.2011 roku, a zmiany powyższe zaakceptowały i Sejm i Senat. Informację o odrzuceniu oferty Zamawiający przesłał po podpisaniu ustawy przez Prezydenta RP.

W związku zachodziły przesłanki do zastosowania w ofercie stawki 23% i jest to zgodne z opinią UZP.

Przytoczone zaś orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 01.04.2010r. KIO/UZP 329/10) odnosi się do skutków obliczania ceny przy zastosowaniu

nieprawidłowej stawki podatku VAT, czyli dotyczy innego stanu faktycznego i prawnego.

Odwołujący przywołał orzeczenia KIO, które zawierają interpretację przepisów wskazujących na nie istnienie błędu w obliczeniu ceny w przypadku zastosowania niewłaściwej stawki VAT-u.

Powyższy zapis, który umieszczony został przez Zamawiającego w punkcie XII odnoszącym się do Sposobu obliczania ceny, Wykonawca przyjął jako wytyczne do skalkulowania cen już według stawek obowiązujących w 2011 roku. Podobną interpretację przyjął drugi z oferentów - spółka Press-Service Monitoring Mediów sp. z o.o., który również obliczył cenę brutto w oparciu o stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Świadczy to o braku precyzyjnego sformułowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ-u.

Odwołujący wskazał również, że w orzecznictwie wskazuje się: „Z obowiązujących aktualnie przepisów prawa wynika, że stawka podatku dla jednej z usług objętych przedmiotem zamówienia ulegnie zmianie z dniem 1 maja 2008 r. z wysokości 3% na 7%. Rolą zamawiającego było uwzględnienie tej okoliczności w dokumentacji przetargowej. Nie jest bowiem dopuszczalne, aby wykonawcy kierując się dobrą wiarą składali oferty, w których stosowaliby zgodnie z przepisami prawa różne stawki podatku VAT. Kwestia ta wymagała zatem jednoznacznego uregulowania przez Zamawiającego. (...) Zamawiający nie przewidział przy tym w projekcie umowy podstaw do zmiany umowy na skutek wprowadzenia nowych stawek podatkowych" tak Postanowienie Zespołu Arbitrów z 18.12.2006 r. (UZP/ZO/0-2944/06). LEX nr 240025.

Biorąc pod uwagę powyższy wyrok, Zamawiający powinien był uwzględnić w sposób jednoznaczny wymogi obliczania ceny brutto w dokumentacji przetargowej, zaś negatywnych konsekwencji tych uchybień nie powinni odczuć wykonawcy w postaci odrzucenia ofert.

W opisanym stanie faktycznym, Zamawiający nie miał prawa do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż w przypadku, gdy Zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do obliczania ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie ma prawa - na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy odrzucić oferty, w której została cena obliczona w inny sposób, niż zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.01.2009r. (sygn. akt KIO/UZP 1514/08).

W związku powyższym należy przyjąć, iż przy braku jasnych wytycznych co do określenia ceny brutto i stawki VAT, Zamawiający powinien przy ocenie ofert pod względem kryterium ceny wziąć pod uwagę ceny do zapłacenia w okresie realizacji umowy, którą poniesie.

Inaczej, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonał wyboru oferty, która jest dla niego najbardziej niekorzystna pod względem ceny, co naraża go na zarzut niegospodarności. Zamawiający bowiem powinien działać w oparciu o art.44 ust. 3 punkt 1) ustawy finansach publicznych zobowiązujących podmioty publiczne do wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny. Biorąc pod uwagę ceny (netto i brutto) złożonych ofert, oferta Instytutu Monitorowania Mediów sp. z o.o. (mimo zastosowania wyższej stawki VAT)

jest ofertą najkorzystniejszą, a różnica wobec oferty wybranej (i co istotne najbardziej niekorzystną) przez Zamawiającego tj. spółki Newton Media sięga 25% na niekorzyść Zamawiającego. W interesie Zamawiającego powinno być uzyskanie zamówienia za jak najniższą kwotę.

Uchybienia Zamawiającego w postaci braku jasnych wytycznych co do obliczania ceny miały wpływ na sporządzenie oferty przez Wykonawców, a w konsekwencji na odrzucenie większości czyli dwóch z trzech ofert. Z tych też względów postępowanie Zamawiającego było sprzeczne z zasadą przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Ustawy) , bowiem sposób ustalania ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia musi być znany wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w danym postępowaniu na etapie wszczęcia postępowania.

Potwierdza to również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.07.2010r. (sygn. akt KIO/UZP 1327/10): „Ocena ofert w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny, a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców. ”

Zamawiający nie dokonał ciążących na nim obowiązków wynikających z Ustawy. Wykazał się niedbalstwem i brakiem profesjonalizmu. Powyższe stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, który mówi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył również przepis art. 91 Ustawy, bowiem nie dokonał oceny ofert w sposób prawidłowy i zgodnie z przyjętymi w Ustawie zasadami. Powołując się na wcześniej cytowane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2010 r.. Sygn. akt: KIO 2194/10. z dnia 7 lipca 2010 r. (KIO 1287/10), z 29 marca 2010 r. (KIO/UZP/260/10) oraz z 18 marca 2010 r. (KIO 1053/10 z 18 czerwca 2010 r.). Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Odwołujący wskazuje, że wybór jego oferty byłby dla Zamawiającego korzystniejszy, gdyż oferta jego zawiera znacznie korzystniejszą cenę brutto (mimo zastosowania wyższej stawki VAT) niż cena Newton Media sp. z o.o. - oferenta, którego ofertę Zamawiający wybrał.

Odwołujący informuje, że w podobnych postępowaniach na świadczenie usługi monitoringu mediów na rok 2011 prowadzonych przez inne ministerstwa np. Ministerstwo Sportu i Turystyki, Ministerstwo Skarbu Państwa, Ministerstwo Edukacji Narodowej, zamawiający nie odrzucali ofert, które uwzględniały stawkę podatku VAT w wysokości 23% od usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Ze względu na odrzucenie oferty Odwołującego, Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania.

W dniu 22 grudnia 2010r. Zamawiający poinformował Przystępującego o fakcie wniesienia przez Instytut Monitorowania sp. z o.o. w Warszawie odwołania na

rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z przedłożeniem kopii przedmiotowego odwołania.

W związku z powyższym wykazując interes w uzyskaniu zamówienia, polegający na zawarciu umowy w postępowaniu o zamówienie publiczne (oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza), Przystępujący popierając w całości stanowisko Zamawiającego zgłosił pismem z dnia 23 grudnia 2010r. w dniu 24.12.2010r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wyrażonego w treści odwołania wskazał, że wyczerpujące uzasadnienie czynności Zamawiającego znajduje pełne poparcie w obowiązujących przepisach prawa.

Zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 1 Ustawy udzielił pismem z dnia 29 grudnia 2010r. odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Zamawiającego zarzuty przedstawione przez Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o. w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył przepis art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Zamawiający przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Dyspozycja normy określonej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. W orzecznictwie i doktrynie zgodnie się przyjmuje, że błędem w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2, jak też w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy jest obliczenie ceny w oparciu o nieprawidłową stawkę podatku VAT (Wyrok KIO/UZP z dnia 1 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 329/10; Wyrok KIO/UZP z dnia 24 marca 2009 r., KIO/UZP 282/09; S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych - Komentarz, Warszawa 2010 r., s. 424.). Na takim stanowisku stanął również Urząd Zamówień Publicznych w opinii Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zamianą stawki podatku od towarów i usług (VAT), zwanej dalej „opinią UZP”.

Zgodnie z opinią UZP „wykonawca podając w ofercie cenę (cenę brutto) obowiązany jest do jej wyliczenia zgodnie ze stawkami podatku VAT w dacie sporządzenia oferty”.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, powyższa reguła znajduje również zastosowanie w sytuacji, gdy zmiana podatku VAT była znana lub planowana. Przytoczony w odwołaniu fragment opinii UZP nie dotyczy powyższej kwestii: „ W sytuacji, gdy w chwili składania ofert zmiana stawki podatku VAT nie była znana lub planowana, wykonawcy kalkulują ceny oferty na tych samych warunkach, tj. z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku VAT”, ale stanowi uzasadnienie poglądu, iż zmiana wynagrodzenia (ceny) z uwagi na zmianę stawki podatku VAT może być w określonych warunkach faktycznych uznana za zmianę nieistotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy.

Ponadto nie można się zgodzić ze stwierdzeniem odwołującego, że z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2010 r. (KIO/UZP 329/10) nie wynika, że przyjęcie w ofercie stawki VAT, obowiązującej w okresie realizacji umowy, a nie w dacie złożenia oferty jest zastosowaniem prawidłowej stawki podatku VAT. W przedmiotowym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazała, że z „błędem w cenie” w szczególności będziemy mieli do czynienia w sytuacji błędnego wskazania obowiązującej stawki podatku VAT. Jednocześnie Krajowa Izba

Odwoławcza wyjaśniła, że przez „obowiązującą stawkę” podatku VAT należy rozumieć, stawkę zgodną z przepisami prawa podatkowego na dzień składania ofert. Warto również nadmienić, że w trakcie realizacji zobowiązań ciągłych stawka podatku VAT wielokrotnie może ulec zmianie. Zamawiający nie jest więc w stanie ustalić prawidłowej stawki podatku VAT obowiązującej przez cały okres umowy. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2008 r. (KIO/UZP-115/07) przed przystąpieniem do oceny ofert oraz wyborem najkorzystniejszej oferty, rolą zamawiającego jest ustalenie właściwej stawki podatku VAT, gdyż bez jej ustalenia nie można prawidłowo porównać złożonych ofert. Bez dokonania tej czynności, zamawiający traktowałby jednakowo wykonawców stosujących różne stawki podatkowe i dopuściłby się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oferta Odwołującego zawierająca cenę brutto obliczoną w oparciu o 23% stawkę podatku VAT - obowiązującą w okresie realizacji umowy, a nie 22% - obowiązującą w dacie sporządzenia oferty zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał jasnych wytycznych co do sposobu obliczenia ceny, należy wskazać, że w związku z planowaną zmianą stawki podatku VAT w pkt XV SIWZ - Istotne postanowienia umowy § 4 ust. 3 wprowadzono zapis: Wynagrodzenie łączne o którym mowa w ust. 1, płacone będzie miesięcznie w formie ryczałtu w wysokości netto plus podatek VAT 22%, co daje kwotę zł brutto (słownie złotych). Poza tym Wykonawcy mający wątpliwości co do sposobu obliczenia ceny, w związku ze zmianą stawki podatku VAT mogli zwrócić się do Zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy o wyjaśnienie treści SIWZ. Niemniej jednak, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie ma obowiązku wskazywania w SIWZ stawki podatku VAT, którą należy zastosować do przedmiotu zamówienia. To na wykonawcy spoczywa ustawowy obowiązek zastosowania podatku w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami, a w związku z tym obliczenia i wskazania w ofercie ceny uwzględniającej stawkę podatku VAT wynikającą z obowiązujących przepisów prawa (Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1845/09; Wyrok KIO z dnia 5 października 2009 r., KIO/UZP-1225/09).

Nie można się również zgodzić z Odwołującym, że zamawiający zobligowany był zamieścić klauzulę zmiany umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ w związku planowaną zmianą stawki podatku VAT. Zgodnie z opinią UZP „zmiana wynagrodzenia (ceny) z uwagi na zmianę stawki podatku VAT może być w określonych okolicznościach faktycznych uznana za zmianę nieistotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp”.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

W pierwszej kolejności IZBA ustaliła, że Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ stwierdzenie przez Izbę naruszenia przepisów wskazanych we wniesionym odwołaniu naraża jego na poniesienie szkody w związku z niezawarciem z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego będącego przedmiotem niniejszego

postępowania, a co spełnia przesłanki wskazane w art.179 ust.1 Ustawy, przy obowiązującym jedynym kryterium ceny stanowiącym podstawę oceny ofert.

Przedtem na posiedzeniu z udziałem stron IZBA dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego Przystępującego stwierdzając spełnienie wymogów określonych w art.185 ust.2-4 Ustawy w tym jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego .

Ponadto IZBA nie stwierdziła okoliczności faktycznych i prawnych, których wystąpienie zgodnie z art.189 ust.2 Ustawy zobowiązuje Izbę do odrzucenia odwołania.

IZBA rozpoznając odwołanie stwierdziła naruszenie przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu to jest art.7 ust., art.89 ust.6 i art.91 ust.1 Ustawy, których naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, z racji złożenia przez Odwołującego najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a co wypełnia wymogi do uwzględnienia odwołania przewidzianego w art.192 ust.2 Ustawy.

Przedmiotem sporu jest wysokość stawki podatku VAT na usługi dostarczania codziennego monitoringu prasy ogólnopolskiej i regionalnej oraz programów radiowych i telewizyjnych, zawierających materiały dotyczące zakresu właściwości Zamawiającego.

Do postępowania przystąpiło trzech wykonawców, z których dwóch w tym Odwołujący zaoferowało cenę usługi zawierającą 23% podatku VAT, a jeden z wykonawców to jest Przystępujący (Wykonawca wybrany) zaoferował 22% stawki podatku VAT.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego, ponieważ w jego przekonaniu zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 23% jest błędem w obliczeniu ceny, jeżeli w dniu składania ofert, to jest w dniu 7 grudnia 2010r. obowiązywał VAT na przedmiotowe usługi w wysokości 22 procent.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wskazujących na okoliczność, iż podanie w ofercie stawki VAT w nieodpowiedniej wysokości stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art.89 ust. 1 pkt 6 Ustawy, co stanowi bezwzględną przesłankę do odrzucenia oferty. Ponadto Zamawiający jako właściwą stawkę podatku VAT przywołał stawkę obowiązującą na dzień składania ofert, co w jego przekonaniu wynika z opinii Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) zamieszczonej na stronie internetowej UZP w dniu 14.10.2010r. dokument opublikowany przez Izabelę Łazugę pn. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT).

Natomiast Odwołujący wskazywał, że skoro na dzień składania ofert znany był już powszechnie VAT w podwyższonej wysokości o 1 % jako obowiązujący od 1 stycznia 2011 roku w stosunku do obowiązującej stawki 22% na dzień składania ofert to jest na dzień 7 grudnia 2010 roku, to wykonawca kalkulując cenę na okres realizacji usługi to jest na okres od dnia 01.12.2011 roku do dnia 31.12.2012 roku był upoważniony do zastosowania stawki na ten okres mającej obowiązywać.

IZBA na podstawie dokumentacji postępowania ustaliła.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) na temat stawki podatku VAT nie znajdowały się żadne zapisy określające jego wysokość.

Na temat ceny i stawki VAT w siwz znajdowały się następujące zapisy;

Cz.XII. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY.1.wykonawca określi cenę oferty uwzględniając pełen zakres zamówienia realizowanego w okresie 24 miesięcy.2.cena oferty musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w szczególności koszty, jakie mogą powstać w trakcie realizacji zamówienia.

Załącznik nr 2 do siwz OFERTA 1.oferuję wykonanie przedmiotowego zamówienia za łączną cenę; netto.....zł., podatek VAT;[.....procent].....zł, cena brutto.....zł. miesięczny koszt zamówienia;netto;.....zł, podatek VAT [.....procent].....zł, brutto....zł., cena brutto [słownie].....zł.

§ 4 umowy[wartość umowy i warunki płatności] 1. Za wykonanie przedmiotu umowy przysługuje wykonawcy łączne wynagrodzenie w kwociezł. netto[słownie złotych;.....]podatek VAT w kwocie....zł[słownie złotych.....] co stanowi kwotęzł brutto[słownie złotych.....].3.wynagrodzenie łączne o którym mowa w ust.1 płacone będzie miesięcznie w formie ryczałtu w wysokości netto plus podatek VAT 22 procent co daje kwotę zł. brutto (słownie złotych;.....).

Z powyżej przedstawionych zapisów wynika, że Zamawiający ustalając warunki siwz zagadnienie wysokości stawki podatku VAT pozostawił do określenia przez wykonawców. Nie można zaakceptować poglądu zaprezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie, że wzmianka w jednym miejscu o stawce podatku VAT w wysokości 22% - jak wyżej zacytowano- stanowi ustalenie jako obowiązującej stawki podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu. Bowiem skoro w formularzu ofertowym zarówno przy wartości łącznej jak i przy wartości miesięcznej zamówienia pozostawiano do wypełnienia przez wykonawcę wysokość stawki podatku VAT, a w samym wzorze umowy przy wartości łącznej zamówienia również pozostawiono do określenia stawkę podatku VAT przez wykonawcę, a tylko przy wartości miesięcznej wpisano stawkę w wysokości 22 % VAT to określenie stawki w tym jednym miejscu nie można potraktować jako wyznaczenie wysokości stawki podatku VAT na poziomie 22%, a jedynie jako pomyłkę zamawiającego, który w kontekście całości okoliczności odnoszących się do określenia stawki podatku VAT , należy stwierdzić, że jej nie określił, pozostawiając to zagadnienie wykonawcom.

Nie można również zaakceptować poglądu Zamawiającego, że obowiązkiem wykonawcy jest przyjąć stawkę podatku VAT w wysokości obowiązującej w dacie składania oferty, co oznaczałoby w przedmiotowej sprawie przyjęcie 22% VAT, ponieważ taka stawka na usługi objęte przedmiotem zamówienia obowiązywała w dni 7 grudnia 2010 roku. Bowiem taka reguła nie wynika z żadnego powszechnie obowiązującego prawa, jak i nie można takiego obowiązku wywieść z wymienionej powyżej opinii UZP z dnia 14.10.2010. a wręcz z powyższej opinii można wywieść prawo wykonawcy do kalkulowania ceny na podstawie planowanej stawki podatku VAT.

Zgodnie z siwz CZ.V. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA. Usługa realizowana będzie 01.01.2011-31.12.2012. W związku z tym, że od prawie pół roku media informowały opinię publiczną o wprowadzeniu od 2011 roku stawki VAT podwyższonej z 22% do 23 %, to w ocenie Izby pomimo, że ustawa z dnia 26 listopada 2010 ukazała się w Dz.U dopiero w dniu 17 grudnia 2010r. w Nr 238,pod poz.1578, to na dzień składania ofert, co nastąpiło w przedmiotowym postępowaniu

w dniu 7 grudnia 2010r., wykonawcy mieli prawo obliczyć cenę w oparciu o stawkę 23% VAT-u.

Reasumując Odwołujący zasadnie zaskarżył naruszenie art.7 ust.1 Ustawy zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W ocenie IZBY Zamawiający nierówno potraktował wykonawców odrzucając ofertę Odwołującego z powodu, że zawierała do wyliczenia ceny stawkę podatku VAT w wysokości 23%, a nie jak oferta Przystępującego 22% podatku VAT.

Również w ocenie IZBY Odwołujący zasadnie zaskarżył naruszenie art.89 ust.1 pkt 6 Ustawy, zgodnie z którym, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Bowiem Zamawiający nie określił w siwz w sposób wiążący wysokości stawki podatku VAT , a nie można odmówić skutecznego prawa Odwołującemu w zaistniałej sytuacji społeczno-gospodarczej do skalkulowania ceny na poziomie planowanego przez Państwo podatku VAT na poziomie 23 % począwszy od 2011 roku.

Tym samym w ocenie IZBY Odwołujący również zasadnie zaskarżył naruszenie art.91 w szczególności ust.1 Ustawy , zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest najniższa cena – Ogłoszenie o zamówieniu sekcja IV procedura IV.2.1) kryteria oceny ofert; najniższa cena - złożone zostały trzy oferty:

1. PRESS-SERVICE Monitoring Mediów Sp. z o.o. ul. Grunwaldzka 19; 60-782 Poznań z ceną -235.569,60zł.
2. Instytut Monitorowania Mediów Sp.z o.o. Al. Jerozolimskie 53; 00-697 Warszawa z ceną – 206.344,80zł. [Odwołujący].
3. Newton Media Sp z o.o. ul. Kierbedzia 4;00-728 Warszawa z ceną 260.592,00zł.[wykonawca wybrany].

W powyższym stanie rzeczy Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasady przewidzianej w art.91 ust.1 Ustawy, odrzucając ofertę najkorzystniejszą.

IZBA uwzględniła odwołanie stwierdzając, że naruszenie przepisów Ustawy miało wpływ na wynik postępowania, co wyczerpuje przesłanki z art.192 ust.2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art.192 ust.9 i 10 Ustawy, zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego w wysokości wpisu od odwołania to jest kwotę 7.500,00zł.

Przewodnicząca:

.....