

Sygn. akt: KIO 1662/11

**WYROK**  
**z dnia 19 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę Tomografu Rezonansu Magnetycznego dla Zakładu Radiologii Pediatricznej SP ZOZ Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Nr 4 UM w Łodzi oraz adaptację pomieszczeń Zakładu Radiologii Pediatricznej SP ZOZ Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Nr 4 UM w Łodzi, przy ul. Spornej 36/50.*

W dniu 4 sierpnia 2011 r. wykonawca Siemens Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy TMS Sp. z o.o. z postępowania i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, jak również zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alteris Sp. z o.o., którego treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust.1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 3 *Zestawienie parametrów wymaganych i oferowanych Tomografu Rezonansu Magnetycznego* w części 1 dotyczącej parametrów granicznych magnesu, w pkt 1.7.4 Zamawiający wymagał homogeniczności pola (wartość typowa w ppm mierzona metodą VRMS) [ppm] zgodnie z informacjami podanymi w specyfikacjach technicznych producenta, w kuli o średnicy 45 cm < 0,90 ppm. Wykonawca TMS Sp. z o.o. potwierdził ten warunek graniczny wpisując słowo TAK i podając wartość 0,70 ppm (str. 29 oferty). Zdaniem Odwołującego, tak podana wartość jest wartością nieprawdziwą i niezgodną z załączonymi do oferty materiałami. Z załączonej specyfikacji technicznej wynika (str. 40 oferty), iż dla kuli o mniejszej średnicy, 40 cm, homogeniczność pola wynosi 1 ppm, z czego wprost wynika, iż dla kuli o średnicy większej niemożliwym jest uzyskanie wartości < 1 ppm czyli 0,7 ppm co podaje wykonawca w ofercie. Zatem wykonawca w pkt. 1.7.4 podał nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik postępowania, gdyż zaoferowane urządzenie nie spełnia warunku granicznego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w części 2 ww. załącznika, dotyczącej parametrów granicznych systemu gradientowego Zamawiający w pkt 2.2 wymagał, aby maksymalna efektywna wartość gradientu pola magnetycznego wytwarzanego przez układ cewek gradientowych wynosiła > 52 mT/m. Wykonawca TMS Sp. z o.o. potwierdził spełnianie tego warunku granicznego wpisując słowo TAK i podając wartość 52 mT/m. Tymczasem z załączonych do oferty materiałów informacyjnych (str. 42 oferty) wynika, iż maksymalna

wartość gradientu pola magnetycznego wzdłuż każdej osi wynosi dla oferowanego systemu 30 mT/m. Odwołujący podniósł, że posługując się wzorem na wartość efektywną ( $G_{\text{efek}} = \sqrt{(G_x)^2 + (G_y)^2 + (G_z)^2}$ ) przy równych wartościach maksymalnych gradientów w każdej z osi otrzymuje się  $G_{\text{efek}} = \sqrt{G^2 + G^2 + G^2} = G \cdot \sqrt{3}$ . Podstawiając wynikającą ze specyfikacji wartość gradientu wynoszącą 30 mT/m otrzymuje się  $G_{\text{efek}} = 51,961524$ , co jest wartością niższą niż wymagana w tym punkcie wartość graniczna. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że wykonawca TMS Sp. z o.o. potwierdził w ofercie w pkt 2.2 spełnianie warunku, którego w rzeczywistości oferowane urządzenie nie spełnia, a zatem podał nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z zapisami SIWZ pkt X *Opis sposobu przygotowania oferty* wykonawcy zobowiązani byli złożyć oferty z zastosowaniem *Ogólnego formularza oferty* stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ. Formularz ten należało, zgodnie z informacją zawartą na wstępie formularza, wypełnić w całości i podpisać. W formularzu zostały wykropkowane miejsca, które należało wypełnić. Zdaniem Odwołującego, wykonawca TMS Sp. z o.o. dokonał nieuprawnionej modyfikacji formularza ofertowego (w zakresie *Oferowanych warunków cenowych*, poz. 2) poprzez skreślenie 23% i wpisanie innej wartości 8% podatku VAT. Tak dokonana modyfikacja formularza ofertowego sprawia, iż treść oferty wybranego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, co skutkować winno odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2. Jeśli wykonawca zamierzał zaoferować cenę z uwzględnieniem innej stawki podatku VAT, winien zwrócić się do Zamawiającego z pytaniem o możliwość wprowadzenia zmian do formularza. W sytuacji, kiedy takie zapytanie nie wpłynęło należy uznać, iż jedynym obowiązującym formularzem był ten zawierający wpisaną stawkę VAT 23% i wszelkie jego modyfikacje przez wykonawców są nieuprawnione i skutkują niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 3 *Zestawienie parametrów wymaganych i oferowanych Tomografu Rezonansu Magnetycznego* w części 7 dotyczącej parametrów akwizycyjnych (techniki obrazowania /postprocessing) na str. 38 oferty wykonawca TMS Sp. z o.o. w sposób nieuprawniony dokonał modyfikacji tabeli poprzez dopisanie na końcu tabeli punktu „spektroskopia protonowa głowy – 3D CSI”, który to w dopisanym brzmieniu był, zgodnie z ofertą TMS Sp. z o.o., parametrem dodatkowo punktowanym. Tymczasem zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z 24 czerwca 2011 r., którym to pismem Zamawiający poprawił omyłki pisarskie, jakie pojawiły się w odpowiedziach z 17 czerwca 2011 r. w zakresie pytań 43, 44 i 45, Zamawiający podał prawidłowe brzmienie odpowiedzi. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 44 Zamawiający nie wprowadza do tabeli dodatkowego zapisu dotyczącego oceny tego parametru, a jedynie przytoczył treść istniejącego w SIWZ parametru w pkt 7.5 dotyczącego „oceny DWI dla

całego ciała (whole body DWI) w pełnym polu widzenia FOV". Wykonawca nie miał zatem żadnych podstaw by wprowadzić do tabeli dodatkowy parametr. Z treści ostatecznych odpowiedzi na pytania 43, 44 i 45 nie wynika możliwość/konieczność wprowadzenia jakichkolwiek zmian do treści tabeli w zakresie spektroskopii protonowej głowy poza modyfikacją pkt 3.5 do postaci „cewka do spektroskopii protonowej głowy 2D". Tym samym treść oferty wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ i winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ten sam zarzut Odwołujący podniósł w odniesieniu do oferty wykonawcy Alteris Sp. z o.o.

Ponadto, w zakresie oferty wykonawcy Alteris Sp. z o.o., Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 3 *Zestawienie parametrów wymaganych i oferowanych Tomografu Rezonansu Magnetycznego* w części 3 „Cewki" Zestawienia parametrów technicznych podlegających ocenie (str. 55 oferty Alteris Sp. z o.o.) wykonawca w sposób nieuprawniony dopisał pkt 3.6 „Zestaw cewek do badania OUN bez repozycjonowania pacjenta lub/i cewek" z przypisaniem temu parametrowi punktacji TAK- 4 pkt, NIE - 0 pkt, powołując się na odpowiedzi na pytania z 17 czerwca 2011 r. Tymczasem, zgodnie z ponownymi odpowiedziami Zamawiającego na to samo pytanie nr 43, z 24 czerwca 2011 r., w którym Zamawiający podaje prawidłowe odpowiedzi na pytania nr 43, 44 i 45, Zamawiający modyfikuje zapisy SIWZ wyłącznie poprzez wykreślenie punktu 3.2.1. bez wprowadzania nowego punktu 3.6. Zatem treść oferty wykonawcy Alteris Sp. z o.o., która zawiera dodatkowy parametr punktowany, a nie występujący w ostatecznej SIWZ, jest niezgodna z treścią SIWZ i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 .

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że pismem z 19 lipca 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Alteris Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie pkt 3.3 i 3.6 załącznika nr 3. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca zmodyfikował treść oferty podając, że treść pkt 3.6 powinna znaleźć się w treści pkt 3.3. Zmiana dotyczyła zarówno przeniesienia treści pkt 3.6 do pkt 3.3 jak również zmiany punktacji w pkt 3.3, za spełnienie którego, zgodnie z SIWZ, miał być przyznany 1 pkt, a nie 4 pkt. Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowiło nieuprawnioną zmianę treści oferty, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w związku z niedopuszczalną zmianą treści oferty przez Alteris Sp. z o.o., Zamawiający naruszył przepisy art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ dokonał oceny ofert na podstawie innych kryteriów, niż określone w SIWZ. Zgodnie z protokołem z posiedzenia komisji przetargowej z 25 lipca 2011 r. oraz załączonym zestawieniem z oceny ofert Zamawiający przyjął do oceny parametru z pkt 3.3 inną punktację niż była przewidziana w SIWZ. Za spełnienie warunku przyznał 4 pkt, podczas gdy w SIWZ przewidziane było przyznanie 1 pkt za posiadanie funkcji opisanej w pkt 3.3.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy TMS Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 (ewentualnie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz odrzucenie oferty wykonawcy Alteris Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Izba nie rozpoznała zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Alteris Sp. z o.o. oraz zarzutu dotyczącego modyfikacji treści załącznika nr 3 przez wykonawcę TMS Sp. z o.o., w związku ze złożonym na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego oświadczeniem o wycofaniu tych zarzutów.

W zakresie podniesionej przez Odwołującego niezgodności między oświadczeniem Przystępującego zawartym *Zestawieniu parametrów wymaganych i oferowanych Tomografu Rezonansu Magnetycznego* (część 1 pkt 1.7.4 oraz część 2 pkt 2.2) a danymi wynikającymi z kart katalogowych producenta Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 6.4 SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żądał przedłożenia m.in. wypełnionego i podpisanego przez upoważnioną osobę załącznika nr 3 do SIWZ – *Zestawienie parametrów wymaganych i oferowanych* (ppkt 6.4.3) oraz katalogów producenta lub autoryzowanego przedstawiciela zawierające opis oferowanego wyrobu wraz z danymi technicznymi (ppkt 6.4.4).

Odwołujący wypełnił powyższe zestawienie, potwierdzając, że oferowany sprzęt spełnia wymagane parametry, tj.

- w punkcie 1.7.4., określającym wymóg dla homogeniczności pola w kuli o średnicy 45 cm ( $\leq 0,90$  ppm), wykonawca wpisał: *tak, 0,70 ppm*;

- w punkcie 2.2, określającym maksymalną efektywną wartość gradientu pola magnetycznego wytwarzanego przez układ cewek gradientowych ( $\geq 52$  mT/m), wykonawca wpisał: *tak, 52 mT/m*.

Jednocześnie przystępujący załączył do oferty karty katalogowe producenta dla oferowanego tomografu. Wg informacji zamieszczonych w katalogu (str. 40 oferty), homogeniczność pola dla kuli o średnicy 40 cm wynosi 1 ppm, co jest wartością przekraczającą wymaganie określone przez Zamawiającego. Katalog nie zawiera danych w zakresie homogeniczności pola dla kuli o średnicy 45 cm. Z kolei wg informacji na stronie 42 oferty, maksymalna wartość gradientu pola magnetycznego wzdłuż każdej osi wynosi dla oferowanego systemu 30 mT/m.

Przystępujący nie kwestionował twierdzenia Odwołującego, że dane z kart katalogowych nie potwierdzają wymaganej wartości parametru dotyczącego homogeniczności pola w kuli o średnicy 45 cm, twierdził jednak, że oferowany tomograf faktycznie spełnia wymagania zamawiającego w tym zakresie. Przystępujący podniósł, że rozbieżność pomiędzy wartościami określonymi w załączniku nr 3 a danymi przedstawionymi w kartach katalogowych wynika z faktu, że w punkcie 1.7 załącznika nr 3 Zamawiający wymagał podania wartości typowych (tj. wartości, których spełnienia można oczekiwać), natomiast producent sprzętu podaje w katalogach wartości gwarantowane (tj. takie, co do których producent gwarantuje, że nie będą gorsze). Przystępujący wskazał, że w załączniku nr 3 przedstawił wartości typowe, gdyż takich danych oczekiwał Zamawiający.

Przystępujący nie zaprzeczył również dokonany przez Odwołującego wyliczeniom dotyczącym maksymalnej efektywnej wartości gradientu pola magnetycznego wytwarzanego przez układ cewek gradientowych, podniósł jednak, że dokonując obliczeń Odwołujący przyjął przedstawioną w karcie katalogowej wartość maksymalnej amplitudy gradientów wynoszącą 30 mT/m, tymczasem wartość ta wynosi faktycznie 30,25 mT/m. Po podstawieniu do zastosowanego przez Odwołującego wzoru dokładnej wartości maksymalnej amplitudy gradientów, sporny parametr uzyskuje wartość zgodną z wymaganiami Zamawiającego, tj. przekraczającą 52 mT/m. Rozbieżność pomiędzy wyliczeniami dokonany w oparciu o dane z kart katalogowych oraz wyliczeniami na podstawie faktycznej wartości maksymalnej amplitudy gradientów Przystępujący wyjaśnił faktem, że producent tomografu podaje w katalogach wartości liczbowe zaokrąglone.

Na okoliczność spełniania powyższych wymagań Przystępujący – po zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego – przedłożył opis uzupełniający dane produktu, podpisany przez upoważnionego przedstawiciela Toshiba Medical Systems BV, w którym stwierdza się, że wartość typowa homogeniczności pola w kuli o średnicy 45 cm

wynosi 0,70 ppm, natomiast maksymalna amplituda gradientów dla każdej osi wynosi 30,25 mT/m, co daje maksymalną efektywną amplitudę gradientów o wartości 52,39 mT/m/s. Powyższy opis uzupełniający potwierdza zatem, że oferowany tomograf spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie kwestionowanym w odwołaniu.

Odwołujący nie zakwestionował prawdziwości złożonego opisu uzupełniającego ani nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, wykazującego niespełnianie spornych parametrów, wywodząc jedynie, że w dokumentach ofertowych nie zostało wykazane spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego, a przedkładanie dowodów zgodności z tymi wymaganiami na obecnym etapie postępowania jest spóźnione i prowadzi do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska Odwołującego. Katalogi producenta są typowymi dokumentami, których celem jest potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, a więc są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dowodzenie spełniania wymagań dopiero na obecnym etapie postępowania nie prowadzi w żaden sposób do zmiany treści oferty. Sam przedmiot dostawy określony został w innych dokumentach ofertowych, zaś karty katalogowe nie stanowią elementu oświadczenia woli wykonawcy określającego przedmiot, który zobowiązuje się dostarczyć, ich celem jest jedynie potwierdzenie, że przedmiot ten jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zatem w sytuacji, gdy katalogi przedłożone wraz z ofertą nie potwierdziły w pełni spełniania tych wymagań, to z uwagi na charakter tych dokumentów, podlegałyby one uzupełnieniu lub wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że przedłożony przez Przystępującego opis uzupełniający nie prowadzi do nieuprawnionej modyfikacji treści oferty, potwierdza natomiast, że pierwotnie zaoferowany przedmiot dostawy jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Zatem Izba uznała, że zarzuty Odwołującego w tym zakresie (zarówno jeśli chodzi o złożenie nieprawdziwych informacji, jak i niezgodność oferty z treścią SIWZ) są niezasadne.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionej modyfikacji formularza oferty poprzez zmianę określonej przez Zamawiającego stawki podatku VAT Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 13.1 SIWZ Zamawiający postanowił, że *cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT*, nie określając wysokości tej stawki. Jednocześnie Zamawiający załączył do SIWZ wzór formularza oferty, w którym – w odniesieniu do ceny za wykonanie niezbędnych prac



projektowych i adaptacyjnych pomieszczeń – wpisał 23% stawkę podatku VAT. Przystępujący w formularzu oferty wpisał stawkę 8% i z zastosowaniem tej stawki obliczył cenę ofertową.

W dniu 11 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących obliczenia ceny przedmiotu zamówienia w zakresie ceny za wykonanie niezbędnych prac projektowych i adaptacyjnych pomieszczeń. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że czynności będące przedmiotem kompleksowego świadczenia, powinny zostać opodatkowane jedną stawkę podatku od towarów i usług, właściwą dla świadczenia głównego. W przypadku niniejszego postępowania stawka podatku dla świadczenia głównego (tj. dostawy tomografu) wynosi 8%, dlatego wykonawca zastosował ją również do obliczenia podatku od czynności pomocniczej. Na potwierdzenie prawidłowości swoich twierdzeń Przystępujący przedłożył indywidualną interpretację podatkową z dnia 27 marca 2008 r., wydaną z upoważnienia Ministra Finansów przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie.

Odwołujący w zakresie stawki podatku VAT nie sformułował zarzutu błędu w obliczeniu ceny, podnosząc jedynie nieuprawnioną zmianę formularza oferty, prowadzącą w konsekwencji do niezgodności tej oferty z treścią SIWZ.

Również ten zarzut Izba uznała za niezasadny. Po pierwsze należy wskazać, że w samej treści SIWZ Zamawiający nie określił, z zastosowaniem jakiej stawki podatku od towarów i usług winna być obliczona cena ofertowa, wskazując jedynie, że ma w ofercie należy wyodrębnić należny podatek VAT. Stawka tego podatku została jedynie wpisana we wzorze formularza oferty. Oferta Przystępującego odpowiada w tym zakresie treści SIWZ, gdyż określa cenę ofertową z wyodrębnieniem należnego podatku VAT, a to było merytorycznym oczekiwaniem Zamawiającego.

Zmiana stawki przewidzianej we wzorze formularza, w sytuacji, kiedy wykonawca działa w przekonaniu o właściwości innej stawki (na którą to okoliczność posiada indywidualną interpretację podatkową), nie może być poczytana za nieuprawnioną zmianę prowadzącą do niezgodności oferty z treścią SIWZ. Trudno oczekiwać od wykonawcy, aby w sytuacji przeświadczenia o właściwości określonej stawki podatku, bezwzględnie przestrzegał wzoru formularza oferty, działając jednocześnie niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami podatkowymi. Przy ocenie oferty należy badać jej merytoryczną poprawność, nie zaś formalne przestrzeganie ustalonych wzorów.

Zauważyć również należy, że ze stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie wynika, iż nie miał on intencji określania, jaka stawka jest właściwa dla

poszczególnych elementów zamówienia, a wpisanie stawki 23% spowodowane było jej automatycznym przeniesieniem do wzoru formularza z PFU. Jednakże nawet przy przyjęciu, że Zamawiający działał z zamiarem określenia stawki podatku VAT, którą ma być opodatkowany przedmiot zamówienia, okoliczność ta nie zmieniłaby dokonanej przez Izbę oceny w zakresie przedmiotowego zarzutu. Podkreślić bowiem należy, że ani przepisy ustawy Pzp, ani innych ustaw, nie dają zamawiającemu możliwości skutecznego zobowiązania wykonawcy do uwzględnienia w cenie ofertowej określonej stawki podatku VAT. Stawka ta bowiem dla każdego rodzaju towaru i usługi wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawowych, nie zaś z decyzji Zamawiającego, który nie ma mocy ani zobowiązywać wykonawców do uwzględnienia stawki w jego ocenie właściwej, ani też wiążąco rozstrzygać wątpliwości co do prawidłowości tej stawki.

Odwołujący nie dowodził niepoprawności zastosowanej przez Przystępującego stawki 8%, wskazując jedynie na nieuprawnioną ingerencję w treść formularza oferty, która – w jego ocenie – winna być podstawą odrzucenia oferty, z czym nie sposób się zgodzić. Podnoszony przez Odwołującego fakt niekwestionowania specyfikacji na etapie przed składaniem ofert nie powoduje jeszcze, że wykonawca, nie zważając na merytoryczną poprawność oferty i jej zgodność z przepisami podatkowymi, winien bezwzględnie przestrzegać ustalonego wzoru oferty, zwłaszcza że to wykonawcę (jako podatnika), a nie zamawiającego, obciążają prawno-podatkowe konsekwencje decyzji w zakresie właściwej stawki podatku.

Za chybiony Izba uznała argument Odwołującego o tym, że gdyby on również zastosował preferencyjną stawkę podatku od towarów i usług, złożyłby ofertę korzystniejszą od oferty Przystępującego. Podkreślić bowiem należy, że wykonawca związany jest ceną brutto i tylko taka cena brana jest pod uwagę przy ocenie ofert, a prawidłowe jej skalkulowanie jest kompetencją i ryzykiem wykonawcy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**