

**Sygn. akt: KIO 80/16**

**WYROK**  
**z dnia 1 lutego 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**  
**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2016 r. przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku przy udziale wykonawcy EFMED Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 870 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę elektrod do zabiegów termoablacji guzów wątroby wraz z dzierżawą aparatu do termoablacji dla UCK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 października 2015 roku pod numerem 2015/S 209-379318.

22 stycznia 2015 roku działając na podstawie art. 180 oraz 182 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności oraz zaniechania czynności Zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty Odwołującego - Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z powołaniem się na błąd polegający na zastosowaniu w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT; zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

### Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na błąd polegający na zastosowaniu w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT;
- naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek w kwotach netto miesięcznego czynszu dzierżawnego aparatu do termoablacji, z uwzględnieniem właściwej - 23% stawki podatku VAT;
- naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego;
- naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy przez wybór oferty EFmed Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu wyrokiem: unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego; unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty EFmed Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego; wyboru oferty Odwołującej się Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego; wpłaty na rzecz Odwołującego zgodnej z przepisnymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika; oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań D.T. oraz A.M. - pracowników Odwołującego, i wypełniającej oraz podpisującej w jej imieniu formularz ofertowy na okoliczność: przyczyn i charakteru zastosowania przez niego w formularzu ofertowym, w kwotach netto miesięcznego czynszu dzierżawnego aparatu do termoablacji 8% stawki podatku VAT.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazała, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną może ponieść szkodę w postaci utraty wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy w sprawie zamówienia.

Podstawę do wniesienia odwołania stanowią czynności i zaniechania Zamawiającego się, o których poinformował on Odwołującą się pismem z dnia 14 stycznia 2016 r. Wskazano w nim, iż po pierwsze - Zamawiający dokonał wyboru oferty EFMed Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, po drugie - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych odrzucona została oferta Odwołującego. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty wskazano: „Wykonawca, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, złożył ofertę na dostawę elektrod do zabiegów termoablacji guzów wątroby wraz z dzierżawą aparatu do termoablacji, w której to, w zakresie ceny za dzierżawę aparatu zastosował błędną 8% stawkę podatku VAT, zamiast właściwej - 23% stawki podatku. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz licznymi opiniami w tym

zakresie błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Tym samym, za błąd w obliczeniu ceny uznać należy zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1516/12,1994/12, w którym to izba stanęła na stanowisku, że błąd w obliczeniu ceny *to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (tak też KIO w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 roku sygn. akt: KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08)*. Błędu polegającego na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT nie można poprawić na podstawie art. 87 ust 2pkt 2 ustawy Pzp, dlatego też zasadnym jest w ocenie Zamawiającego zastosowanie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp jako podstawy prawnej do odrzucenia oferty Wykonawcy Covidien Polska Sp. z o. o. z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Podniósł, że aprobatą dla toku rozumowania Zamawiającego byłaby nie do pogodzenia z zasadami wyrażonymi w art. 44 ust. 3 pkt 1 a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.). zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Bezspornie bowiem wybrana została oferta EFMed Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, której cena brutto wyniosła 565 092,00 złotych, podczas gdy Odwołujący zaoferował wykonanie tego zamówienia za kwotę 513 216,00 złotych brutto, a więc o 51 876,00 złotych niższa, zaś odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych było bezpodstawne. Jednoznacznie kwestia ta jest rozstrzygana przez aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które z przyczyn niezrozumiałych dla Odwołującego nie zostało wzięte pod uwagę przez Zamawiającego, który ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń oraz powołania się na treść orzeczeń sprzed ponad trzech oraz prawie sześciu lat.

Dla przykładu, na potwierdzenie tezy prezentowanej przez Odwołującego przytacza tezy następujących orzeczeń zapadłych w różnych składach orzekających KIO:

*Poza przypadkami, że wykonawca podtrzymuje swoje stanowisko co do prawidłowości*

*zastosowanej stawki podatku VAT, stwierdzone odstępstwa w tym zakresie od bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa określającego właściwą stawkę podatkową, bądź zwolnienie z VAT, wynikają z omyłek podatników będących następstwem niewłaściwej interpretacji przepisów i mogą być eliminowane, no. poprzez korektę zeznań podatkowych, a na gruncie ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p., który dozwala na poprawianie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2015 r., KIO 2753/14, LEX nr 1651232);*

*Obowiązujące przepisy p.z.p. nie nakładają na zamawiającego obowiązku zadania od wykonawców, niezależnie od podania ceny brutto, także stawki podatku VAT, czy ceny netto (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2015 r., KIO 972/15, LEX nr 1798030);*

*Za niezasadne należy uznać stanowisko, jakoby do oceny przesłanki interesu należy przyjmować cenę oferty netto. Ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych posługuje się pojęciem ceny bez dalszych dookreśleń, odsyłając w tym zakresie do ustawy z 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, która kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu takim podatkiem. Tak więc cena w rozumieniu prawa zamówień publicznych to ostateczna należność jaka musi zapłacić zamawiający za dane zamówienie. Ustalanie ceny netto jako kryterium wyboru oferty byłoby więc błędem zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2015 r., KIO 697/15, LEX nr 1757415).*

O niedopuszczalności odrzucenia oferty Odwołującego w analizowanym przypadku świadczy również fakt, iż omyłka, która znalazła się w treści pozostała bez wpływu na zaoferowaną cenę oraz możliwość porównania ofert, nie prowadziła ona też do zachwiania zasad uczciwej konkurencji. Jest to szczególnie widoczne, jeśli zważy się, iż po przeliczeniu tak naprawdę owa omyłka to jedynie 512,20 złotych w całej umowie wartej wg ceny ofertowej Odwołującego 513 216,00 złotych brutto, a więc w tym konkretnym przypadku mamy do czynienia z omyłką na poziomie 0,1 % ceny ofertowej. Jak już podkreślono - jest to i tak zupełnie obojętne z punktu widzenia interesów Zamawiającego, który w razie prawidłowego wykonania zamówienia byłby zobowiązany zapłacić cenę brutto, a omyłka w kwocie netto nie spowodowałaby żadnego uszczerbku w sferze majątkowej Zamawiającego, jak chociażby np. pomniejszenie przysługujących odliczeń podatkowych, zmniejszenie wpływów bądź

zwiększenie kosztów itp.

Znamienne jest także i to, że Odwołujący wcale nie forsował omyłkowej stawki i w tej chwili również jej nie utrzymuje, zaś na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2016 r. udzieliła wyjaśnień o treści: Działając na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2016 r., wyjaśniam, co następuje: złożona oferta zawiera omyłki w kwotach netto miesięcznego czynszu dzierżawnego aparatu do termoabiacji. Z uwzględnieniem właściwej- 23% stawki podatku VAT. wysokość czynszu netto powinna wynosić odpowiednio:

w części oferty dotyczącej 1 miesiąca dzierżawy: 153,66 zł;

w części oferty dotyczącej 24 miesięcy dzierżmy: 3687,80 zł;

z uwzględnieniem oczywiście niezmienności zaoferowanych cen brutto.

Miarodajne i przydatne dla oceny przedmiotowej sprawy mogą okazać się także tezy zawarte w Glosie do uchwały SN z dnia 20 października 2011 r., III CIP 52/11. Skutki kalkulacji oferowanej ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku VAT w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (*B. Pawlak, FK 2012/6/70-76*): *Z drugiej jednak strony uzasadnione wydaje się stanowisko, że zamawiający w ogóle nie ma w takim przypadku obowiązku ingerowania w treść oferty. Różnice w zastosowanych stawkach podatku VAT powinny skutkować jedynie wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień treści oferty ze wskazaniem, że w ocenie zamawiającego określono nieprawidłową stawkę podatku VAT, zapytując jednocześnie, czy wykonawca omyłkowo błędnie podał kwotę netto i stawkę podatku VAT i za prawidłową uznaje kwotę brutto (1) albo błędnie podał kwotę brutto i stawkę podatku VAT, kwota netto została zaś wyliczona prawidłowo (2), albo czy też może, w jego ocenie, podana przez niego kwota netto, stawka podatku oraz cena brutto jest prawidłowa (3). Jedynie opowiedzenie się przez wykonawcę za drugim ze stanowisk powinno wiązać się z odrzuceniem jej go oferty. Istotne zmianę oferty w zakresie ceny - tj. taką, która ma jakiegokolwiek znaczenie dla postępowania - jest bowiem zmiana ceny brutto. Nie bez znaczenia jest również to, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5.07.2001 r. o cenach, który ma zastosowanie do zamówień publicznych na podstawie odesłania zawartego w art. 2 pkt 1 P.Z.P., cena oferty jest cena zawierająca także podatek od towarów i usług. Należy uznać, że to na wykonawcy spoczywa ryzyko obliczenia prawidłowej stawki podatku VAT. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawca jest zobowiązany do wykonania umowy za zaoferowaną cenę brutto fwykonawca nie zobowiązuje się przecież do stosowania określonej stawki podatku VAT w wystawianych zamawiającemu fakturach. Obowiązek*

stosowania właściwej stawki podatku VAT wynika bowiem wprost z przepisów prawa i zobowiązanie się odmiennie, niż wynika to z ustawy o podatku od towarów i usług, objęte byłoby sankcją nieważności w tym zakresie.), i to nawet jeżeli w toku wykonywania umowy nastąpiłaby zmiana (zmiana ceny w umowie, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów podatkowych, może nastąpić w formie aneksu, i to tylko wówczas, gdy zamawiający przewidział taką zmianę umowy w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym. W przeciwnym razie cena brutto pozostanie bez zmian, modyfikacji ex lege ulegnie cena netto i wartość podatku, jeśli w umowie wartości te zostały wskazane.) stawek podatku od towarów i usług (zob. uchwała SN z 21.07.2006 r., III CIP 54/06, OSNC 2007/5, poz. 66). Podobny skutek należałoby wiązać z błędnym określeniem stawki podatku VAT w złożonej ofercie. Wykonawcy nie będzie przysługiwać uprawnienie do żądania podwyższenia ceny brutto po dokonaniu wyborze jeno oferty (zamawiającemu nie przysługuje również uprawnienie do żądania obniżenia ceny, jeżeli stawka podatku VAT została zastrzeżona na wyższym poziomie, niżby wynikało to z przepisów). Zaoferowana cena brutto jest bowiem - co do zasady - niezmienna przez cały okres trwania umowy (fakt, że w dniu dokonania wyboru oferty nie może nastąpić zawarcie umowy, nie powinien być uznawany za argument przeczący proponowanemu sposobowi rozwiązania omawianego problemu. Jak bowiem już wskazywano, wykonawca związany jest oferowana cena brutto, nie zaś cena netto.). Brak możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia nie jest zależny od usprawiedliwionego czy nieusprawiedliwionego błędnego podania stawki podatku VAT. To w końcu na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowego określenia stawki podatku w wystawionej fakturze i tylko na nim ciąży odpowiedzialność z tytułu poczynionych błędów. Zamawiający ma natomiast zapewnioną stałą cenę brutto, którą jest zobowiązany uiszczać na rzecz wykonawcy, niezależnie od zmian przepisów prawa podatkowego w tym zakresie (nie oznacza to jednak, że wykonawca powołując się w wyjątkowych przypadkach na klauzulę rebus sic stantibus, mógłby żądać dokonania przez sąd oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia lub rozwiązania umowy), zmiany linii orzeczniczej sądów administracyjnych czy poglądów wyrażanych w interpretacjach Ministra Finansów. Tożsamość reguł w obliczaniu ceny należy, jak się wydaje, utożsamiać z zastosowaniem wszystkich składników cenotwórczych, przy czym sam sposób ich wyliczenia nie zawsze może być narzucony przez zamawiającego czy wyliczany w tożsamy sposób (jakby się bowiem miał art. 7 p.z.p. do złożonych w toku jednego postępowania dwóch ofert, w których jedna, zgodnie z SIWZ, została obliczona zgodnie z Katalogami Nakładów Rzeczowych - KNR, druga zaś zgodnie z własnymi wyliczeniami wykonawcy. W wyżej wskazanym

przypadku ceny niewątpliwie obliczone zostały na podstawie różnych reguł, lecz porównanie ofert nastąpi na podstawie łącznej ceny brutto, nie zaś na podstawie poszczególnych pozycji kosztorysu.). Ta sama reguła obliczania ceny będzie oznaczać, że w każdej cenie została zawarta stawka podatku VAT. Przy czym ponownie należy zaznaczyć, że ryzyko w nieprawidłowym określeniu stawki podatku VAT spoczywa jedynie na wykonawcy. Z tych samych przyczyn złożenie oferty z niewłaściwą stawką podatku VAT trudno jest uznać za przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji (np. wówczas, gdy wykonawca specjalnie zastosował niższą stawkę podatku VAT w celu złożenia najkorzystniejszej oferty). Skoro bowiem jego oferta będzie oceniana na podstawie ceny brutto i ta cena będzie on związany, nie uzyska on w zasadzie żadnych korzyści ponad te wynikające z zaoferowania niższej ceny netto i zastosowania właściwej stawki VAT. Należyte rozliczenie podatku - jak wskazywałem - nie dotyczy samego zamawiającego, ale wykonawcy i właściwych organów podatkowych. Złożenie oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć jako złożenie oświadczenia woli, do którego zastosowanie mieć będą przepisy kodeksu cywilnego, m.in. o wadach oświadczenia woli. Wykonawca będzie mógł złożyć oświadczenie o uchyleniu się od skutków złożonego oświadczenia woli pod wpływem błędu jedynie wówczas, gdy błąd został wywołany przez zamawiającego lub gdy dokonując oceny oferty, zamawiający wiedział o błędzie bądź z łatwością mógłby ten błąd zauważyć. W praktyce wywołanie błędu przez zamawiającego mogłoby wystąpić wówczas, gdyby w SIWZ znajdowała się nieprawidłowo określona stawka podatku, lub błędna informacja została przekazana na etapie udzielania odpowiedzi na pytania do SIWZ, ewentualnie wynikała z nieprecyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. W takich jednak przypadkach postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i zamawiający mógłby ponownie ogłosić i przeprowadzić postępowanie w trybie prawa zamówień publicznych. Jeżeli natomiast chodzi o wiedzę lub możliwość zauważenia błędu wykonawcy, to jak się wydaje - wystarczające jest, by zamawiający wystąpił do wykonawcy, w trybie art. 87 ust 1 p.z.p., o wyjaśnienie treści złożonej oferty (z wcześniej wskazywanych względów wydaje się że zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w omawianym przypadku powinno być obowiązkiem zamawiającego), wskazując swoje wątpliwości odnośnie do zastosowanej stawki podatku. (...) Samego faktu złożenia oferty zawierającej nieprawidłową stawkę podatku VAT przez wykonawcę nie można wiązać z zagrożeniem interesów zamawiającego. Niezależnie bowiem od wskazanej stawki VAT wykonawca będzie zobowiązany wykonać umowę na podstawie zaoferowanej ceny brutto. (...) Zarówno złożona oferta, jak i zawarta na jej podstawie umowa nie może być uznana za



*obarczoną w całości sankcją nieważności z uwagi na naruszenie przepisów bezwzględnie obowiązujących. W tym zakresie należałoby uznać, że sankcją nieważności obarczone jest jedynie to postanowienie umowy, określające niewłaściwą stawkę podatku VAT. W miejsce tego postanowienia wejdą właściwe przepisy ustawy o podatku od towarów i usług (a zatem właściwa stawka podatku), przy czym cena brutto nie ulegnie zmianie. Ustawodawca postępując się bowiem w prawie zamówień publicznych pojęciem ceny, wyraźnie wskazał, odsyłając w tym zakresie do ustawy o cenach, że istotna dla całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest cena brutto. Trudno jednocześnie uznać, by określenie w umowie o zamówienie publiczne stawki podatku VAT miało być czymś innym niż jedynie naturalia negotii tej umowy.*

W tym stanie rzeczy i biorąc pod uwagę powyższe, podniesiona przez Odwołującego wadliwość postępowania Zamawiającego jest w ocenie Odwołującego oczywista. Na uwagę w całości zasługują tym samym zarzuty i wnioski z petitum niniejszego pisma.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 stycznia 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę EFMED Sp. z o.o. z

siedzibą w Gdańsku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pismo z dnia 1 lutego 2016 roku „Odpowiedź na odwołanie” wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w rozdziale XII – Opis sposobu obliczenia ceny zawarł następujące wymagania:

- 1. Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi zawarte w niniejszej SIWZ, powinien w cenie brutto ująć wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, a także uwzględnić inne podatki i opłaty.*
- 2. Cena musi być podana w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.*
- 3. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia formularza ofertowego / formularza asortymentowo-cenowego i określenia w nim ceny netto, podatku VAT oraz ceny brutto.*

W załączniku nr 1 do SWIZ - formularz ofertowy dla pozycji czynsz za dzierżawę aparatu do termoablacji Zamawiający wymagał podania kwoty netto i brutto za 1 miesiąc dzierżawy oraz za 24 miesiące dzierżawy.

Odwołujący, w ofercie podał:

- 1) czynsz miesięczny za dzierżawę aparatu do termoablacji, na kwotę:  
1 miesiąc dzierżawy:*

*netto: 175,00 zł (słownie: sto siedemdziesiąt pięć złotych 00/100)*

*brutto: 189,00 zł (słownie: sto osiemdziesiąt dziewięć złotych 00/100)*

*24 miesiące dzierżawy:*

*netto: 4 200,00 zł (słownie: cztery tysiące dwieście złotych 00/100)*

*brutto: 4 536,00 zł (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści sześć złotych 00/100)*

Zamawiający pismem z dnia 4 stycznia 2016 roku, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty złożonej w postępowaniu – zwrócił się o szczegółowe wyjaśnienie (m.in. przez odniesienie się do odpowiednich aktów prawnych) zastosowania 8% stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny czynszu za dzierżawę aparatu do termoablacji. Wskazał Zamawiający, że przy najlepszej jego wiedzy, w przypadku obliczenia ceny za dzierżawę sprzętu medycznego, anglezy stosować 23% stawkę podatku VAT.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Odwołujący pismem z dnia 7 stycznia 2016 roku wyjaśnił, co następuje:

*Złożona oferta zawiera omyłki w kwotach netto miesięcznego czynszu dzierżawnego aparatu do termoablacji. Z uwzględnieniem właściwej – 23% stawki podatku VAT, wysokość czynszu netto powinna wynosić odpowiednio:*

*- w części oferty dotyczącej 1 miesiąca dzierżawy: 153,66 zł;*

*- w części oferty dotyczącej 24 miesięcy dzierżawy: 3687,80zł;*

*z uwzględnieniem oczywiście niezmienności zaoferowanych cen brutto.*

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności*

*podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

W zakresie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny - przez odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na błąd polegający na zastosowaniu w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT – Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Zamawiający obowiązku jest odrzucić ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zakres zastosowania powyższego przepisu w kontekście obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług był przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. Sąd Okręgowy w Koninie postanowieniem z 31 maja 2011 r. sformułował następujące pytanie: Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) i jest podstawą do odrzucenia oferty? Sąd Najwyższy rozstrzygając powyższe zagadnienie prawne w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11) udzielił następującej odpowiedzi: 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przywołanej powyżej uchwały: „Realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego ustawa zapewnia przez ustanowienie mechanizmu kontroli i selekcji ofert. Sposób i zakres tej kontroli oraz jej skutki określają przepisy art. 87 i

art. 89 ustawy. Podstawowym dokumentem, który jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (s.w.i.z.). Na podstawie zawartych w niej warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem zamawiający w s.w.i.z., w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzić się do poprawienia oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3), jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Może też skutkować odrzuceniem oferty, jeżeli różnica byłaby tego rodzaju, iż powodowałaby istotne zmiany w treści oferty a więc w sytuacji równoważnej z sytuacją gdy treść oferty pozostaje w sprzeczności z s.w.i.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2), a nadto wówczas gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy).

Jeżeli jednak zamawiający opisując w s.w.i.z. sposób obliczania ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną o zobowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. O porównywalności ofert można bowiem 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.

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji”.

Również w uchwale Sądu Najwyższego z dnia z 20 października 2011 r. (sygn. akt III

CZP 52/11) czytamy: „Natomiast 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 z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierzonego uchybienia.

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP nie ma bezpośredniego znaczenia okoliczność, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jako elementu kształtującego określoną w ofercie wysokość ceny, było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru.”

W ocenie Izby działanie Zamawiającego było prawidłowe, brak było bowiem podstaw do poprawienia przez Zamawiającego stawki podatku VAT z 8% na 23% na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jak słusznie zauważyli Zamawiający, czemu wyraz dał w trakcie rozprawy jak również w złożonym piśmie procesowym, w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie wystąpiła niezgodność oferty z treścią SIWZ, nadająca się do poprawienia na podstawie przepisu art. 89 ust.2 pkt 3 ustawy. Zamawiający nie wskazał w SIWZ stawki podatku VAT, jaką należy zastosować przy obliczeniu ceny oferty, a zgodnie z wcześniej przytoczonymi uchwałami Sądu Najwyższego (sygn. akt III CZP 52/11, sygn. akt III CZP 53/11) tylko w takich okolicznościach możliwe jest poprawienie nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Zamawiający wskazał, że wykonawca przy uwzględnieniu wymagań SIWZ w cenie brutto powinien ująć wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania

przedmiotu zamówienia, a także uwzględnić inne podatki i opłaty. Tym samym to po stronie wykonawcy składającego ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia ciążył obowiązek prawidłowego ustalenia i zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT.

Zamawiający badając ofertę Odwołującego zwrócił się o wyjaśnienia do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i w wyniku złożonych wyjaśnień nabył całkowitej pewności, że zastosowana do obliczenia wartości czynszu dzierżawnego stawka podatku VAT 8% była nieprawidłowa, co w wyżej wskazanych wyjaśnieniach potwierdził sam Odwołujący. Zaznaczyć należy, że również w treści odwołania i na rozprawie Odwołujący nie kwestionował, że zastosowana przez niego do obliczenia ceny czynszu dzierżawnego aparatu do termoablacji stawka podatku VAT była nieprawidłowa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie: (...), 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek w kwotach netto miesięcznego czynszu dzierżawnego aparatu do termoablacji, z uwzględnieniem właściwej - 23% stawki podatku VAT – Izba zarzutu nie uwzględniła.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba wskazuje, że zgodnie z wyżej wymienionymi uchwałami Sądu Najwyższego „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 ustawy, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności” – tym samym, Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania wskazanego przez Odwołującego przepisu i nie mógł w sposób prawidłowy dokonać poprawy ofert na wskazywanej podstawie prawnej.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Izba wskazuje, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający zobowiązany jest poprawić w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Oczywiście omyłką rachunkową, którą obowiązany jest poprawić Zamawiający będzie błąd

wynikający z niewłaściwego przeprowadzenia działań arytmetycznych, w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji (postanowienie Sadu Najwyższego z dnia 21 czerwca 1967 roku sygn. akt II CZ 48/67). Natomiast, jak wskazano w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 2162/11 z dnia 11 listopada 2011 roku: oczywistą omyłką jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń, to widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego (w szczególności błędne zsumowanie, odjęcie, przemnożenie określonych pozycji). (...) W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż wprowadzenie innych danych do obliczeń, niż wynikające z obowiązujących przepisów prawa, w tym przypadku ustawy o podatku od towarów i usług jest błędnym obliczeniem ceny i skutkuje odrzuceniem oferty (P. Karkoszka *Wadliwa stawka podatku od towarów i usług – błąd w obliczeniu ceny oferty czy niepodważalne oświadczenie wykonawcy?*).

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący dokonał nie błędnego działania arytmetycznego, tylko w sposób niewłaściwy wyliczył kwotę brutto od kwoty netto, stosując jak sam przyznała stawkę 8% VAT zamiast prawidłowej 23% VAT. Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę Odwołującego bowiem niemożliwa była jej poprawa na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy przez:

- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego,
- wybór oferty EFmed Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego – Izba uznała za niezasadny

Izba uznała za niezasadne.



W zakresie naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert. powoływanie się przez Odwołującego w argumentacji na zaoferowane w postępowaniu ceny ofert nie znajduje uzasadnienia, bowiem po pierwsze błąd w przyjętej przez Odwołującego stawce podatku VAT, który uznał, nie pozwala na poprawienie oferty, po drugie wskazywane przez Odwołującego w piśmie kwoty czynszu dzierżawnego, gdzie bez zmian pozostawiono wartości brutto a dokonano zmiany wartości netto przez jej obniżenie w taki sposób aby doliczony podatek VAT zgodnie z obowiązującą stawką dawał wskazaną wartość brutto stanowią nieuprawnioną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy negocjację złożonej oferty. Zaznaczyć należy, że różnica między cenami poszczególnych ofert, na którą powoływał się Odwołujący, również byłaby inna gdyby wykonawcy zastosowali jak Odwołujący 8 % stawkę podatku VAT dla obliczenia wartości czynszu dzierżawnego. Co warto również zaszczyć Odwołujący wyjaśniając treść oferty znał ceny ofert konkurencyjnych w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba nie uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, co potwierdza rozpoznanie powyższych zarzutów tego odwołania.

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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 ze zmianami).*

**Przewodniczący:**