

WYROK
z dnia 26 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2013 r. przez wykonawcę

MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE PPP S.A. ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez

Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków

przy udziale wykonawcy **NEOŚWIAT PPP PROJECTS Sp. z o.o. Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE PPP S.A.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE PPP S.A.** 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 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy partnerstwa publiczno-prywatnego na „wybór partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia polegającego na zaprojektowaniu i przebudowie kompleksu budynków przy ulicy Badurskiego 13, 15, 17, 19 w Krakowie Prokocimiu wraz z przyległym terenem i infrastrukturą oraz świadczeniu usług w zakresie zarządzania tymi obiektami” w trybie dialogu konkurencyjnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 145-242176. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

12 września 2013 r. odwołujący – Mota-Engil Central Europe PPP Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, tj. dokonanie poprawek w ofercie złożonej przez Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. w sytuacji, gdy dokonanie poprawek powoduje istotne zmiany w treści oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. w sytuacji, gdy jest ona niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. w sytuacji, gdy zawiera ona błędy w obliczeniu ceny,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Neoświat PPP Projects Sp. z o.o.,
2. unieważnienia czynności dokonania poprawy błędów w ofercie złożonej przez Neoświat PPP Projects Sp. z o.o.,
3. odrzućenia oferty złożonej przez Neoświat PPP Projects Sp. z o.o.,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający, formułując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 18) wskazał, iż oferta powinna obejmować całość przedmiotu zamówienia i zostać sporządzona zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na formularzu oferty o treści zgodnej ze wskazaną w specyfikacji. W formularzu oferty wykonawca miał podać wartość Bazowego Wynagrodzenia za Miesiąc Rozliczeniowy brutto (tj. z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, która byłaby do zapłacenia przez zamawiającego za Miesiąc Rozliczeniowy, w którym złożona została oferta. W formularzu oferty zamawiający wskazał, iż wykonawcy zobowiązani są podać wartość Bazowego Wynagrodzenia za miesiąc rozliczeniowy w kwocie brutto, która to kwota będzie sumą następujących kwot: Opłaty za Nakłady za Okres Budowy za Miesiąc Rozliczeniowy, Opłaty za Rozłożenie w Czasie za Miesiąc Rozliczeniowy i Opłaty za Utrzymanie za Miesiąc Rozliczeniowy. Opłata za Nakłady za Okres Budowy za Miesiąc Rozliczeniowy miała być sumą opłat dla poszczególnych akademików, budynku D i dodatkowej infrastruktury. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy podali dla każdej z tych opłat odrębnie ich wartość z rozbiem na: usługi budowlane opodatkowane stawką podatku VAT 8%, usługi budowlane opodatkowane stawką podatku VAT 23%, wyposażenie opodatkowane podatku VAT 8%, wyposażenie opodatkowane stawką podatku VAT 23%.

Zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia powinna być opodatkowana stawką podatku VAT 8%, a która stawką 23%. Tym samym nie określił konkretnej stawki VAT dla całości zamówienia, a jedynie wskazał, iż dla części zamówienia obowiązującą może być stawka 8%, a dla części 23%. Ryzyko związane z zastosowaniem prawidłowej stawki VAT leżało całkowicie po stronie wykonawców, co znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia, jakiego złożenia zamawiający wymagał zgodnie z formularzem oferty.

Oferta Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. została sporządzona w sposób, który kwalifikuje się jako niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zawiera również błędy w obliczeniu ceny.

W zakresie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – oprócz podania wartości Bazowego Wynagrodzenia za Miesiąc Rozliczeniowy w kwocie brutto (zgodnie z wymaganiami), wykonawca ten podał w swojej ofercie odrębną kwotę Bazowego Wynagrodzenia za Miesiąc Rozliczeniowy w kwocie brutto zdyskontowanej na dzień złożenia oferty 7%. Tożsamy mechanizm wykonawca zastosował podając części składowe bazowego wynagrodzenia. Tym samym dla każdej pozycji, której podania wymagał zamawiający, wykonawca podał w ofercie dwie różne ceny. Zgodnie zaś z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (punkt 10.2) wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę, wypełniając odpowiednio formularz oferty. Złożenie większej liczby ofert lub oferty zawierającej rozwiązania alternatywne do określonych przez zamawiającego lub oferty wariantowej, spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez danego wykonawcę.

W zakresie błędów w obliczaniu ceny – w pozycjach dotyczących Opłaty za Nakłady za Okres Budowy za Miesiąc Rozliczeniowy Neoświat PPP Projects Sp. z o.o., z naruszeniem przepisów prawa podatkowego, dokonał wyceny tych elementów, a w konsekwencji wyceny Bazowego Wynagrodzenia za Miesiąc Kalendarzowy Brutto, z zastosowaniem „zwolnione z VAT”.

Biorąc pod uwagę zakres obowiązków (świadczeń) po stronie partnera prywatnego oraz ich ekwiwalentność (z tytułu ich wykonania należne będzie od partnera publicznego wynagrodzenie), w związku z realizacją umowy, bezsprzecznie dojdzie do czynności opodatkowanych na gruncie podatku VAT.

W świetle regulacji ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług umowa przewiduje świadczenie trzech odrębnych usług na gruncie VAT, tj. usługi budowlanej opodatkowanej stawką 8% oraz 23% VAT w zależności od charakteru i zakresu przedmiotowego, usługi pośrednictwa finansowego (w odniesieniu do usługi zapewnienia finansowania realizacji projektu), podlegającej zwolnieniu z VAT oraz usługi utrzymania obiektów i dodatkowej infrastruktury podlegającej opodatkowaniu 23% VAT.

W wyniku wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonał poprawek w ofercie Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. dokonując skreślenia wszelkich kwot podanych przez wykonawcę jako zdyskontowane na dzień złożenia oferty 7%, zmieniając Bazowe Wynagrodzenie za Miesiąc Rozliczeniowy w kwocie brutto z kwoty 801.470 zł do kwoty 785.112 zł oraz zmiany podanej stawki podatku VAT „zwolnione z podatku VAT” na 8% lub 23% w zależności od konkretnej pozycji oraz zmiany wartości netto tych pozycji.

Wobec dokonania przez zamawiającego poprawy stawek podatku VAT oraz wobec akceptacji tych poprawek przez wykonawcę okoliczność błędnego wskazania stawek podatku VAT powinna być bezsporna.

Charakter dokonanych przez zamawiającego poprawek w treści oferty daleko wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Podniósł, iż planowana umowa partnerstwa publiczno-prywatnego dotyczy przebudowy trzech domów studenckich oraz budynku klubu studenckiego wraz z przyległym terenem i infrastrukturą, zlokalizowanych w Krakowie Prokocimiu, jak też wzajemnych rozliczeń między partnerami. Umowa ma obowiązywać przez 25 lat. Łączne miesięczne wynagrodzenie należne partnerowi prywatnemu obejmuje trzy płatności: Opłatę za Nakłady za Okres Budowy, Opłatę za Rozłożenie w Czasie oraz Opłatę za Utrzymanie, które składają się na Bazowe Wynagrodzenie za Miesiąc Rozliczeniowy. Przy tym Bazowe Wynagrodzenie będzie należne partnerowi prywatnemu dopiero po zakończeniu remontu pierwszego z akademików. W konsekwencji stopnia skomplikowania kalkulacji i prezentacji poszczególnych elementów składowych Bazowego Wynagrodzenia i w celu zapewnienia porównywalności ekonomicznej ofert w ramach kryterium ceny, zamawiający zdefiniował cenę jako Bazowe Wynagrodzenie za Miesiąc Rozliczeniowy będący miesiącem kalendarzowym, w którym nastąpiło złożenie oferty (sierpień 2013 r.). Przy czym oferenci mieli przyjąć hipotetycznie, dla celów złożenia oferty, że miesiąc kalendarzowy, w którym została złożona oferta, jest pierwszym miesiącem kalendarzowym, po miesiącu kalendarzowym, w którym zakończył się Okres Budowy.

Biorąc pod uwagę stopień skomplikowania wyliczeń prowadzących do przedstawienia Bazowego Wynagrodzenia i jego elementów składowych, zamawiający wymagał przedstawienia rozbudowanej oferty, w której oferenci mieli przedstawić szczegółowo założenia i wyliczenia poszczególnych elementów składowych Bazowego Wynagrodzenia. Zgodnie z punktem 12.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia na ofertę składały się następujące elementy: 1) formularz oferty wraz z załącznikami, 2) opis organizacji projektu oraz współpracy z zamawiającym, 3) model finansowy, 4) oświadczenie wykonawcy o przejęciu bądź nie określonych zadań i ryzyk, 5) koncepcja projektowa, 6) specyfikacja techniczna dotycząca projektu, 7) gwarancja za zamknięcie finansowe, 8) informacja o źródłach finansowania, 9) formularz finansowy.

W toku badania ofert zamawiający uznał, że konieczne jest, na podstawie art. 87 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, sprecyzowanie i dopracowanie treści oferty oraz przedstawienie informacji dodatkowych przez Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. Następnie zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał poprawek omyłek prezentacyjnych w ofercie wykonawcy. Wykonawca wyraził zgodę na poprawienie tych omyłek.

Zarzuty podniesione przez odwołującego są nieprawdziwe, a powołana argumentacja nietrafna, gdyż Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. w sposób poprawny dokonał wyliczenia ceny. Doszło jednak do niespójności w zaprezentowaniu ceny wynikającej z finansowej

części oferty (w modelu finansowym) i w formularzu oferty, co zostało zakwalifikowane jako omyłka i poprawione przez zamawiającego.

W zakresie obliczenia ceny (Bazowego Wynagrodzenia) kluczowym elementem oferty był model finansowy, który zawiera wszystkie założenia i kalkulacje poszczególnych części składowych ceny. Na tej podstawie zamawiający ocenił poprawność kalkulacji Bazowego Wynagrodzenia, jego elementów składowych i zastosowanych przez oferenta stawek VAT, które zostały przyjęte prawidłowo. Oprócz modelu finansowego, wielkości te zostały prawidłowo podsumowane i przedstawione w poufnej części finansowej oferty. Również wszystkie założenia przyjęte do modelu finansowego i przedstawione w książce założeń są prawidłowe.

Wzór formularza oferty miał charakter prezentacyjny i obejmował różne aspekty oferty, w tym prezentację Bazowego Wynagrodzenia i jego części składowych. Informacje zawarte w formularzu oferty pochodzą z innych części oferty, w tym z modelu finansowego. W czasie oceny zamawiający zauważył częściową niespójność formularza oferty z modelem finansowym i podsumowaniem Bazowego Wynagrodzenia i jego elementów składowych. Zamiast wskazać z formularza oferty wartość brutto Bazowego Wynagrodzenia za Miesiąc Rozliczeniowy, w którym została złożona oferta, z zastosowaniem wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych jako współczynnika dyskontowego, Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. wskazał dwie inne wartości, tj. wartość brutto Bazowego Wynagrodzenia za Miesiąc Rozliczeniowy na dzień pierwszej płatności po zakończeniu Okresu Budowy (tj. wrzesień 2016 r.) w wartości nominalnej równej 801.470 PLN oraz w wartości zdyskontowanej stopą 7% (jak wskazywał zamawiający do celów prezentacyjnych w innej części oferty) równej 647.002 PLN.

Obydwie kwoty są kwotami prawidłowymi, ale nie one miały być przedstawione w formularzu oferty. Z tego względu zamawiający poprawił tę oczywistą omyłkę poprzez przeniesienie do formularza oferty prawidłowej kwoty Bazowego Wynagrodzenia z modelu finansowego i części finansowej oferty, tj. kwoty 785.112 PLN. Wszystkie trzy wielkości przedstawiają to samo Bazowe Wynagrodzenie, ale w różnych momentach w czasie, a różnice wynikają ze zmienności wartości pieniądza w czasie i konieczności dyskontowania wartości nominalnych w celu przedstawienia wartości realnych. W związku z tym nie są to różne warianty ceny.

W formularzu ofertowym oferenci powinni byli wskazać Opłaty za Nakłady za Okres Budowy za Miesiąc Rozliczeniowy w podziale na poszczególne akademiki, budynek D i dodatkową Infrastrukturę, w wartościach netto i brutto oraz wskazać odpowiednie stawki VAT.

Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. w formularzu oferty podał wartość Opłat za Nakłady za Okres Budowy za Miesiąc Rozliczeniowy brutto równą wartości netto i określił stawkę podatku VAT obowiązującą na dzień złożenia oferty jako „zwolnione z VAT”.

Co do stawki VAT – Opłata za Nakłady za Okres Budowy za Miesiąc Rozliczeniowy stanowi wynagrodzenie za nakłady poniesione w Okresie Budowy, za które partner prywatny będzie zobowiązany, zgodnie z przepisami podatkowymi wystawić zamawiającemu fakturę niezwłocznie po zakończeniu budowy danego akademika i budynku D. Kwota brutto wynikająca z tej faktury będzie jednak zgodnie z umową płacona przez zamawiającego w ratach miesięcznych przez cały Okres Eksploatacji. Takie raty miesięczne, czyli Opłaty za Nakłady za Miesiąc Rozliczeniowy, nie będą obciążone dodatkowo podatkiem VAT. W związku z tym podejście Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. zaprezentowane w formularzu oferty było co do zasady prawidłowe. Jednakże zamawiający celowo prosił oferentów o wskazanie w formularzu oferty „sztucznych” wartości netto i podatku VAT w odniesieniu do Opłaty za Nakłady za Okres Budowy ze względu na to, że roboty budowlane i wyposażenie akademików mogą podlegać podatkowi VAT częściowo w stawce 8% i częściowo 23%. Zabieg ten miał przenieść na partnera prywatnego ryzyko zmiany proporcji zastosowanych stawek podatku VAT 8% i 23%, tak, aby nie okazało się, że po zakończeniu Okresu Budowy, partner prywatny przyjmie inną proporcję, przez co podwyższy Opłatę za Nakłady za Okres Budowy.

Pomimo że Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. w formularzu oferty wskazał, że Opłaty za Nakłady za Okres Budowy są zwolnione z podatku VAT, co do zasady jest prawidłowe, to wskazał on również odpowiednie rozbieżności Nakładów za Okres Budowy w odniesieniu do każdego akademika, budynku D i dodatkowej Infrastruktury z wykorzystaniem prawidłowych stawek VAT (8% i 23%) w modelu finansowym i prawidłowo zaprezentował je w części finansowej oferty. W oparciu o te dane zamawiający poprawił formularz oferty w tym zakresie zgodnie ze swoimi oczekiwaniami prezentacyjnymi, przenosząc odpowiednie kwoty i prawidłowo zastosowane stawki VAT z modelu finansowego i części finansowej.

Zatem Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. prawidłowo obliczył poszczególne części Bazowego Wynagrodzenia i zastosował prawidłowe stawki VAT dla wszystkich części składowych Opłaty za Nakłady za Okres Budowy.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając argumentację analogiczną do zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami. Został on opisany w stanowiskach stron, zatem będzie ponownie przywołany jedynie w koniecznym zakresie.

Przedmiotem sporu jest sposób wypełnienia przez Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. formularza ofertowego oraz fakt jego poprawienia przez zamawiającego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, iż w formularzu ofertowym, zgodnie ze wzorem, wykonawcy mieli podać Oplatę za Nakłady za Okres Budowy za Miesiąc Rozliczeniowy odrębnie dla każdego akademika, dla budynku D i dodatkowej infrastruktury. Zamawiający przygotował tabele, w których rodzaj prac podzielił na roboty budowlane i wyposażenie – każde z nich z kolei na dwie pozycje, w których zamawiający wpisał już we wzorze stawkę VAT 8% i 23%. Wykonawcy mieli też podać w przygotowanych tabelach Oplatę za Rozłożenie w Czasie, Oplatę za Utrzymanie za Miesiąc Rozliczeniowy oraz Bazowe Wynagrodzenie za Miesiąc Rozliczeniowy.

Zamawiający również bardzo dokładnie opisał sposób obliczenia ceny oferty (pkt 18 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Przystępujący Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. dokonał modyfikacji wzoru formularza ofertowego dodając informacje dotyczące Wynagrodzenia Bazowego i Oplat podając wartość w cenach nominalnych właściwych dla Miesiąca Rozliczeniowego zdyskontowaną do daty złożenia oferty 7% oraz zmienił wskazania zamawiającego w tabelach 8% i 23% na „zwolnione z VAT”.

Zamawiający, korygując formularz oferty, wykreślił części dotyczące wartości w cenach nominalnych właściwych dla Miesiąca Rozliczeniowego zdyskontowanych do daty złożenia oferty 7%, kwotę bazowego Wynagrodzenia za Miesiąc Rozliczeniowy oraz zastępując uwagę „zwolnione z VAT” z powrotem stawką 8% i 23%. Zamawiający skorygował też

wartości liczbowe kolumny „wartość netto” oraz w dwóch przypadkach wartość brutto pozycji (o złotówkę).

Izba stwierdziła również, iż w formularzu finansowym Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. rzeczywiście podał wartości w rozbiciu na usługi budowlane i wyposażenie oraz na stawki VAT 8% i 23%, tak jak miało to być wskazane również w formularzu ofertowym. Również inne dokumenty składające się na część finansową oferty opisują założenia przyjęte do obliczenia ceny.

Tym samym należy przyznać rację zamawiającemu, że w ofercie jako całości wykonawca wskazał w sposób wyraźny i poprawny wartości poszczególnych elementów składających się na cenę oferty, jak i stawki podatku VAT. Ofertę bada i ocenia się jako całość. To, że wykonawcy niektóre elementy tej oferty zastrzegli jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, nie powoduje, że stają się one „nieistniejące” – wciąż są one pełnoprawną częścią oferty, która musi być brana pod uwagę, a jedynie ich jawność dla innych wykonawców i podmiotów trzecich jest ograniczona (ale nie dla zamawiającego, powołanych przez niego biegłych, składów orzekających w postępowaniach odwoławczych, biegłych sądowych, kontrolerów itp.). Nie zmienia tego również to, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieprawidłowe – w takim przypadku zamawiający co najwyżej ujawnia informacje nieprawnie zastrzeżone.

Sam zamawiający poprawiając formularz oferty jedynie dostosował go do swojej koncepcji, według której przygotował wzór, gdyż dodatkowe dane podane w formularzu ofertowym (wyliczenia wartości zdyskontowanej) w zasadzie nie mają znaczenia dla oferty – jest to dodatkowe przeliczenie wartości według pewnych założeń.

Co zaś do kolumny w tabelach „Stawka podatku VAT obowiązująca na dzień złożenia oferty” zmiana uwagi „zwolnione z VAT” na „8%” i „23%” – to nie ma przeszkód, by zamawiający dokonał takiej korekty zarówno ze względu na to, że Neoświat PPP Projects Sp. z o.o. przedstawił odpowiednie stawki w formularzu finansowym (tak więc zamawiający nie tyle je zmienił, co skorygował tabele w formularzu ofertowym dostosowując je do formularza finansowego i swojej koncepcji), jak i na to, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazał, jakie stawki mają być wpisane w poszczególnych pozycjach tabel. Oznacza to, że, zgodnie z poglądem prezentowanym w orzecznictwie zarówno Izby, jak i Sądu Najwyższego (uchwała sygn. akt III CZP 52/11 „Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT (...) to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje

istotnych zmian w treści oferty”). W takim wypadku zamawiający ma prawo uznać to za niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i dokonać korekty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to ogólna reguła dotycząca art. 87 ust. 2 pkt 3 niezależna nawet od sytuacji opisanej w art. 87 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym bardziej, że – jak stwierdził zamawiający oraz przystępujący i co nie było sporne – wskazanie „zwolnione z VAT” jest prawidłowe pod względem podatkowym, gdyż wykonawca w tym momencie nie nalicza i nie odprowadza podatku od towarów i usług (nie ma więc błędu w obliczeniu ceny). Wskazanie stawki 8% i 23% stanowi jedynie koncepcję zamawiającego wskazania wzajemnych proporcji kwotowych wartości robót budowlanych i wyposażenia objętych daną stawką (a więc postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Co do wskazanej podczas rozprawy niezgodności ceny oferty z zastrzeżeniem punktu 18.2 ppkt 2) lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. iż wartość Opłaty za Utrzymanie za dany Miesiąc Rozliczeniowy nie może być większa niż 20% łącznej wartości Bazowego Wynagrodzenia za ten Miesiąc Rozliczeniowy, to zarzut ten nie był podniesiony w odwołaniu, zatem nie może zostać rozpoznany przez Izbę, która, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać poza zarzuty odwołania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 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).

Przewodniczący:

.....

.....