

WYROK
z dnia 29 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw
Emil Kawa
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Mirosława Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo-Produkcyjno- Handlowo-Uslugowe „MARTINA” Mirosław Walczak z siedzibą w Żninie, ul. Mickiewicza 37** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Długa 1/2**

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Mirosława Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo-Produkcyjno- Handlowo-Uslugowe „MARTINA” Mirosław Walczak z siedzibą Żninie, ul. Mickiewicza 37** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mirosława Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo-Produkcyjno- Handlowo-Uslugowe „MARTINA” Mirosław Walczak z siedzibą Żninie, ul. Mickiewicza 37** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Mirosława Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo-Produkcyjno- Handlowo-Uslugowe „MARTINA” Mirosław Walczak z siedzibą Żninie, ul. Mickiewicza 37** na rzecz **Szpitala Klinicznego Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Długa 1/2** kwotę **3 838 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset

trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego i dojazdów.

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 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na całodienne żywienie pacjentów hospitalizowanych (wytwarzanie posiłków poza szpitalem wraz z dystrybucją na oddziały szpitalne) zostało wszczęte przez zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Poznaniu – Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Długa 1/2 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 września 2011r. za numerem 2011/s 173-283969.

W dniu 4 listopada 2011r. zamawiający poinformował faksem wykonawców o wynikach oceny ofert i wyborze wykonawcy Arkadiusza Panek prowadzącego działalność gospodarczą F.H.U.A.D. art. Catering Arkadiusz Panek z siedzibą w Poznaniu, ul. Panny Marii 4.

W dniu 14 listopada 2011r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie odrzucenia oferty wybranej wniósł odwołanie Mirosław Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo-Produkccyjno- Handlowo-Uslugowe „MARTINA” Mirosław Walczak z siedzibą w Żninie, ul. Mickiewicza 37 – zwany dalej odwołującym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji poprzez wybór najkorzystniejszej oferty zawierającej nieprawidłową stawkę podatku VAT, czyli dokonania porównania, oceny i wyboru oferty, której nie można porównać,
- art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 87 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty wybranej, pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), gdyż zawiera niewłaściwą stawkę podatku VAT.

Wniósł o

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy i warunkami siwz.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w części VIII siwz w pkt 1 zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny, gdzie w pkt 14 podał, że odrzuci ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny oraz podał metody poprawienia omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy i w pkt 3 postanowił, że jeżeli obliczona cena netto oferty nie odpowiada cenie netto (bez podatku VAT) przyjmuje się cenę netto wyliczoną przez zamawiającego, przy prawidłowo podanej przez wykonawcę stawce podatku VAT i cenę brutto oferty.

Wskazał także, iż w załączniku nr 5 do siwz w pkt. 3.1. zamawiający wymagał podania ceny brutto (stawka podatku VAT), w pkt 3.2. (cena netto całego przedmiotu = cena brutto podana w pkt 3.1. umniejszona o stawkę podatku VAT).

W części IX siwz – Kryteria oceny ofert zamawiający określił, że do obliczenia wartości punktowej ceny przyjmie cenę brutto oferty zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy oraz zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ocenach tzn. cenę, jaką zamawiający zobowiązany jest zapłacić za przedmiot zamówienia. Odwołujący podniósł, że takie postanowienia siwz oznaczają, że zamawiający wymagał podania wartości podatku VAT obliczonej zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług. Wskazał, że obliczenie to nie jest dowolne. Podniósł, że oferta wybrana zawiera błąd w stawce podatku VAT tj. dla soli i herbaty podano stawkę 8%, a powinna być podana stawka 23%, natomiast dla płatków owsianych, kaszy manny, ryżu i sucharów powinna być podana stawka 5%, a nie jak u wykonawcy wybranego 8%. W dniu 17 października 2011r. zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień zastosowanych stawek VAT w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Wykonawca wybrany oświadczył, że przyjęta przez niego stawka 8% na produkty i półprodukty dostarczane przez wykonawcę na zlecenie zamawiającego powinna być objęta stawką 5%, zmiana ta wyniknęła z błędnego zrozumienia tekstu. Wykonawca wybrany wskazał także tabelę z poprawionymi cenami. Cena netto po poprawieniu to 3 286 602,07zł., a brutto 3 549 211,07zł. Odwołujący również był wzywany do wyjaśnienia swoich stawek i to zrobił podając podstawę prawną, takie same stawki jak odwołujący podali jeszcze inni trzej wykonawcy. W ocenie odwołującego, zamawiający zignorował wyjaśnienia wykonawcy wybranego i zaniechał odrzucenia jego oferty mimo, że zawierała ona błędy. W informacji o wyborze, jako cenę oferty najkorzystniejszej, przyjął cenę 3 549 530,24zł., czyli pierwotną cenę zaoferowaną w ofercie wykonawcy wybranego. Wskazał, że na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy ustawodawca wymusza na zamawiających znajomość stawek podatku VAT, co potwierdza orzecznictwo Izby sygn. akt KIO/UZP 1443/09. Podkreślił, że zamawiający wymagał podania wartości podatku VAT w ofercie, a także przewidział możliwość zmiany umowy z zamówienie publiczne w sytuacji zmiany stawek tego podatku w § 6 wzoru umowy. Pomimo tych postanowień siwz dokonał wyboru oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, co potwierdza orzecznictwo Izby sygn. akt : KIO/UZP 482/10, KIO/UZP 497/10, KIO/UZP 631/09, KIO/UZP 1771/09, KIO/UZP 275/10, KIO/UZP 329/10 i KIO 108/11. Wskazał, że przepis o odrzuceniu oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny był już w ustawie o zamówieniach publicznych w art. 27a ust. 1 ustawy i ma ugruntowaną linię orzecniczą sądów powszechnych wyrok SO w Poznaniu z dnia 9 czerwca 2006r., sygn. akt II Ca 642/06, wyrok SO w Warszawie z dnia 20 czerwca 2005r. sygn. akt V Ca 634/05, wyrok SO w Warszawie z dnia 27 sierpnia 2009r. sygn. akt V Ca 1360/09, wyrok SO w Rzeszowie, sygn. akt VI Ga 29/09 i Ga 30/09, SO w Poznaniu sygn. akt X Ga 458/09 i X Ga 41/07 i SO w Gliwicach sygn. akt X Ga 101/08, w podobnym duchu wypowiadała się także doktryna. Odwołujący wskazał, że przywołane orzecznictwo wyklucza

możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy do błędu w obliczeniu ceny polegającego na podaniu błędnej stawki podatku VAT. Ponadto nie jest to omyłka rachunkowa w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdyż nie ma charakteru oczywistego.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 listopada 2011r. udzielonego przez właściciela firmy, zgodnie z zaświadczeniem z EDG załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 listopada 2011r.

W dniu 10 listopada 2011r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania przesyłając wykonawcom jego kopię oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 23 listopada 2011r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie w całości oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa przez pełnomocnika. W uzasadnieniu podniósł, że dokonał wyboru oferty zgodnie z ustawą na podstawie jedynego kryterium najniższej ceny. Wskazał, że w jego ocenie nie jest błędem w obliczeniu ceny przyjęcie niezgodnej z przepisami ustawy VAT stawki podatku powołał w tym zakresie orzecznictwo KIO sygn. akt KIO 313/11, KIO/UZP 260/10, KIO 1053/10, KIO 1287/10, KIO 1280/10, KIO 1405/10, KIO 1476/10, KIO 1620/10, KIO 1667/10, KIO 1779/10, KIO 1884/10, KIO 2194/10, KIO 2326/10, KIO 2746/10 i KIO 106/11. Wskazał, że z orzecznictwa tego wynika, że brak jest podstawy odrzucenia oferty z powodu niewłaściwie określonej stawki podatku VAT. Takie stanowisko wywodzone jest jedynie z wykładni art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, która jest jednak nieuprawniona. Wskazał, że określenie ceny z jej elementami składowymi jest kategorią pełni umowną podlegającą dyspozycji wykonawcy, który składa ofertę, w tym również dyspozycją wykonawcy jest objęte zastosowanie właściwej stawki podatku VAT. Odpowiedzialność za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku obciąża wykonawcę, jako podatnika i to on ponosi ryzyko i pełną odpowiedzialność z tego tytułu, w tym karnoskarbową. Brak jest w ustawie PZP przepisu nakładającego na zamawiającego obowiązek wskazywania w dokumentacji przetargowej stawki podatku VAT. Art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, ani ustawa o VAT nie dają uprawnień do zmiany ceny w sytuacji zmiany stawki podatku, a więc brak jest ryzyka po stronie zamawiającego. W ramach oceny ofert porównuje się zawsze ceny brutto i te ceny są niezmiennie w trakcie realizacji zamówienia, niezależnie od rozliczeń wykonawcy z organem podatkowym. Umowa, w której cenę nieprawidłowo opodatkowano nie jest dotknięta sankcją nieważności. Zamawiający podniósł, że nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku VAT, to wykonawca ma obowiązek obliczenia i wpłacenia podatku w odpowiednim terminie, a do weryfikacji i kontroli uprawnione są właściwe organy podatkowe i organy kontroli podatkowej. Przyjęcie tezy odmiennej nie służy ochronie interesów zamawiającego ani zapewnieniu wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nie wpisuje się w obowiązujący system prawny. Zamawiający potwierdził, że

wezwał wykonawców do wyjaśnień zastosowanych stawek podatku, jednak nie uwzględnił stanowiska Arkadiusza Panka w zakresie zmiany zaoferowanej ceny i nie brał tego stanowiska przy ocenie ofert. Zamawiający wymagał jedynie podania zastosowanej stawki podatku VAT. Według zamawiającego błąd w obliczeniu ceny ma miejsce wtedy, gdy wykonawca oblicza cenę inaczej niż to zostało ustalone przez zamawiającego. Zamawiający wskazał przykłady takich błędów, jakie mogą wystąpić w ofertach. Sposób obliczenia ceny ofertowej nie jest według zamawiającego tożsamy z naliczeniem i odprowadzeniem podatku następującym po dokonanej sprzedaży i nie jest przenoszony do sfery realnych i wymagalnych rozliczeń podatkowych i nie oznacza, że jego popełnienie w ofercie będzie powielone o popełnione w ramach rozliczenia podatkowego zakupu/sprzedaży. Mylne przekonania wykonawców co do prawidłowej stawki, czy nawet świadome przyjęcie błędnej stawki nie zmieniają wysokości i wiążącego charakteru zaoferowanej ceny. Wskazał, że Arkadiusz Panek wyliczył cenę oferty, zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zawartym w siwz, zaś powołany przez odwołującego §6 wzoru umowy dotyczy sytuacji w toku realizacji umowy i nie odnosi się do oferty. Ponadto zamawiający podał uzasadnienie wyboru oferty najkorzystniejszej wskazując, że jedynym kryterium oceny ofert była cena i przedstawiając zbiorcze zestawienie ofert, co jest w jego ocenie zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy. Odpowiedź na odwołanie podpisał Dyrektor Szpitala ujawniony w KRS jako Kierownik PZOZ.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty Arkadiusza Panek, wezwania zamawiającego z dnia 17 października 2011r., odpowiedzi Arkadiusza Panek z dnia 19 października 2011r., informacji o wyniku postępowania.

W części I pkt 2 na stronie 3 siwz zamawiający w zakresie przedmiotu zamówienia wymagał również (lit. d), aby wykonawca dostarczał półprodukty i produkty, zgodnie ze złożonym zamówieniem. Dostarczony półprodukt musi zawierać opis (m. in. nazwę, skład, datę ważności, sposób przyrządzania itp.). Wykonawca wraz z porcjami dołączył opis ilości poszczególnych diet (rozdzielnik).

Zamawiający podał także maksymalną ilość zamawianych produktów i półproduktów dla wszystkich oddziałów w skali jednego miesiąca i 24 miesięcy i określił, że produktami i półproduktami są herbata, cukier, kaszka błyskawiczna, kisiel, kleik ryżowy, płatki owsiane, budyń, sól, kaszka manna, ryż i sucharki. Ilość produktów za okres 24 miesięcy należało uwzględnić przy wyliczeniu ceny, w formularzu ofertowym załącznik nr 5 pkt 5 i jednocześnie zamawiający wskazał, że zapłata za dostarczane produkty i półprodukty rozliczana będzie na podstawie osobnej rubryki na fakturze VAT, zgodnej ze złożonym zamówieniem.

W części VIII siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny i wskazał, że cena oferty winna zawierać cenę całego zamówienia netto i brutto (zgodnie z Prawem Zamówień Publicznych

art. 2 pkt 1 oraz definicją ceny – art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach). Cena winna być wyrażona w PLN. Cenę całego przedmiotu zamówienia należało obliczyć, zgodnie z 14 pkt przedstawionymi w tej części siwz w tym:

pkt 9 – ceny produktów zgodnie z pkt. 5, załącznik nr 5 „formularz oferty”,

pkt 10 – całkowita wartość brutto zamówienia, o której mowa w załączniku nr 5 „formularz oferty” pkt 6,

pkt 11- całkowita wartość netto zamówienia, o której mowa w załączniku nr 5 „formularz oferty”

pkt 14- oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny zostanie odrzucona.

Zamawiający wskazał także sposób poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy w tym w pkt 3 wskazał, że jeżeli obliczona cena netto oferty nie odpowiada cenie netto (bez podatku VAT) przyjmuje się cenę netto wyliczoną przez zamawiającego, przy prawidłowo podanej przez wykonawcę stawce podatku VAT i cenę brutto oferty.

W części IX siwz zamawiający wskazał kryteria oceny ofert i określił, że do obliczenia wartości punktowej ceny zamawiający przyjmie cenę brutto oferty zgodnie z Prawem Zamówień Publicznych art. 2 pkt 1 oraz definicją ceny – art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach tzn. cenę jaką zobowiązany jest zapłacić za przedmiot zamówienia. Wskazał także, iż przy dokonywaniu wyboru oferty zamawiający stosuje zasady określone w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w niniejszej specyfikacji.

W załączniku nr 5 „formularz oferty” w pkt 4.1. znajduje się tabela wskazująca na produkty i półprodukty podane przez zamawiającego w części I siwz oraz ich ilość za okres 24 miesięcy. Wykonawcy mieli podać w tej tabeli ceny jednego kg brutto, stawkę VAT i wartość pozycji brutto. W pkt 4.2. wykonawcy mieli podać łączną wartość brutto wszystkich pozycji tabeli. Zgodnie z pkt 5 całkowita cena brutto oferty stanowiła sumę ceny podanej w pkt. 3.1. formularza i w pkt 4.2 formularza. W pkt 6 należało podać całkowitą cenę netto oferty.

W ofercie Arkadiusza Panka na stronie 30-31 znajduje się wypełniony formularz ofertowy, gdzie w pkt. 4.1. dla wszystkich pozycji tabeli podano stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Suma brutto wszystkich pozycji tabeli wyniosła 11 490,24zł., a netto 10 639,11zł., a łączna cena brutto oferty to 3 549 530, 24zł.

W dniu 17 października 2011r. zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT dla produktów i półproduktów na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, przy czym do wykonawcy Arkadiusza Panek o wyjaśnienie zastosowania stawki 8%, a do pozostałych o zastosowanie stawek 5, 8 i 23%.

W dniu 19 października 2011r. Arkadiusz Panek wyjaśnił, że jego oferta w zakresie produktów i półproduktów faktycznie zawiera stawkę VAT tj. 8% (formularz ofertowy-tabela). Stawka ta została naliczona przez błędne zrozumienie tekstu. Arkadiusz Panek wskazał, że myślał, że skoro dostarcza produkty i półprodukty na zlecenie szpitala to jest to usługa gastronomiczna, na którą obowiązuje 8% stawka podatku. Po ponownym prześledzeniu oferty poinformował, że stawka VAT

na produkty i półprodukty dostarczane przez wykonawcę na zlecenie zamawiającego objęte są stawką podatku VAT 5%. Tym samym zmienia to kwotę w formularzu ofertowym zarówno wartość pozycji netto jak i brutto oferty. Do wyjaśnienia załączono ponownie tabelę wraz poprawionymi cenami i wskazano punkty w formularzu - pkt 3.1. str. 30 cena brutto 3 538 040zł., cena netto 3 275 962,96zł., pkt w formularzu 4.1 str. 31 – cena brutto 11 171,07zł. (zawiera stawkę podatku VAT tj. 5%), cena netto 10 639,11 i punkt w formularzu 5 na stronie 31 cena brutto 3 549 211,07zł., cena netto 3 286 602,07zł.

Pozostali wykonawcy wskazali stawkę 23% dla herbaty i soli, stawkę 8% dla kisielu, cukru, kleiku ryżowego i budyniu, oraz stawkę 5% dla kaszki błyskawicznej, płatków owsianych, kaszki manny, ryżu i sucharków, wskazując na ustawę o VAT, a także podając znak PKWiU.

Zamawiający zasięgnął opinii prawnej, z której wynikało, że wada w stawce podatku nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty, gdyż nie jest błędem w obliczeniu ceny.

W dniu 25 października 2011r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprawił omyłki rachunkowe w ofercie wybranej w zakresie mnożenia cen jednostkowych brutto i liczby jednostek miar, sumowania cen za poszczególne części zamówienia oraz obliczenia całkowitej ceny oferty netto i brutto. Przesłał informację o dokonaniu poprawy wykonawcy wybranemu wraz z kopią formularza ofertowego, na którym naniósł poprawki. Z naniesienia wynika, że poprawa nie dotyczyła podanej przez wykonawcę wybranego stawki podatku VAT. Po poprawieniu zamawiający przyjął jako cenę brutto całości oferty kwotę 3 549 530,00zł.

W dniu 4 listopada 2011r. zamawiający przesłał faksem informacje o wyniku postępowaniu wskazując na dokonanie wyboru oferty Arkadiusza Panek za cenę 3 549 530,00zł. Wraz z tą informacją zamawiający przekazał zbiorcze zestawienie ocen, z którego wynika, że Arkadiusz Panek otrzymał 100 pkt, zaś odwołujący 94,88 i znalazł się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się podstaw, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta odwołującego jest drugą ofertą pod względem ceny (jedyne kryterium oceny ofert), a działania odwołującego zmierzają do wyeliminowania oferty z najkorzystniejszą ceną. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania, to oferta odwołującego będzie ofertą z najkorzystniejszą ceną i ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał składając ofertę z uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i art. 87 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty wybranej, pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia (siwz), gdyż zawiera niewłaściwą stawkę podatku VAT

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie rację należy przyznać odwołującemu, że treść oferty Arkadiusza Panek nie odpowiada treści siwz w takim zakresie, w jakim dla herbaty i soli Arkadiusz Panek wskazał stawkę podatku VAT 8% zamiast obowiązującej, w tym zakresie, stawki 23% i dla kaszki błyskawicznej, płatków owsianych, kaszki manny, ryżu i sucharków wskazał stawkę podatku VAT 8% zamiast obowiązującej stawki 5%. Izba ustaliła, że treścią siwz zamawiający uczynił zarówno opis przedmiotu zamówienia, gdzie wskazał, że zapłata za dostarczane produkty i półprodukty będzie rozliczana na podstawie osobnej rubryki na fakturze VAT, zgodnie ze złożonym zamówieniem, jak i opis sposobu obliczenia ceny (część VIII siwz), gdzie nakazał m. in. obliczenie cen zgodnie z załącznikiem nr 5 „formularz oferty”. W formularzu oferty natomiast w pkt 4.2 w ramach tabeli w kolumnie 5 nakazał podać stawkę podatku VAT. Zamawiający oczekiwał podania mu aktualnej – obowiązującej stawki podatku VAT prawidłowo ustalonej, co odwołujący właściwie wywiódł z opisu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych. Rację ma zamawiający, że sposób poprawiania omyłek rachunkowych podany przez niego w siwz nie odnosi się do poprawiania stawek podatku VAT, gdyż nie jest to omyłka rachunkowa, ale z tego opisu można było (tak jak uczynił to odwołujący) w sposób jednoznaczny wywieść, jakie wymagania stawiał zamawiający wykonawcom w zakresie obliczania wartości brutto oferty jak i podawania stawek VAT w zakresie wymaganym w pkt 4.2. tabeli formularza ofertowego. Nieprawidłowości dotyczące wypełnienia formularza ofertowego muszą być analizowane przez pryzmat zgodności treści oferty z treścią siwz. Niewątpliwie w tej konkretnej sprawie wykonawca Arkadiusz Panek nieprawidłowo zinterpretował treść siwz, bezzasadnie wywodząc z niej, że dostawa produktów i półproduktów wchodzi w skład usługi cateringowej. Zamawiający wyraźnie oddzielił czynność obsługi cateringowej zamawiającego, od zamawiania na jego zlecenie konkretnych rodzajów produktów i półproduktów. Do tej nieprawidłowej interpretacji sam wykonawca się przyznał w piśmie z dnia 19 października 2011r. Bezsporne jest zatem, że w ofercie Arkadiusza Panka znajdują się nieprawidłowe stawki podatku VAT w zakresie wskazanych przez zamawiającego produktów i półproduktów. Zamawiający przyznał, że nie analizował podanych przez wykonawców stawek podatku VAT, a jedynie oczekiwał wyjaśnienia, w jaki sposób będą w przyszłości fakturowane zamawiane towary. Izba nie uważa takiego stanowiska zamawiającego za prawidłowe. Zamawiający poczynił wymóg przedstawienia tak ceny netto jak i ceny brutto, nałożył na wykonawców także obowiązek podania stawek VAT dla produktów i półproduktów, zatem na etapie badania i oceny ofert nie może modyfikować swoich wymagań i stwierdzać, że część z nich nie była dla niego istotna, czy nie powinna być przedmiotem badania. W szczególności o tym, że zamawiający przywiązywał wagę do prawidłowego podania stawek podatku VAT dla produktów i półproduktów świadczy fakt podjęcia procedury wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Tym

samym zamawiający uznawał za treść ofert stawki podatku VAT. Skoro tak, to podanie nieprawidłowych stawek podatku VAT należało potraktować jako niezgodność treści oferty z treścią siwz i zanalizować pod kątem konieczności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba zauważa, że stanowisko odwołującego, w zakresie uznania każdej nieprawidłowości, co do stawki podatku VAT, za błąd w obliczeniu ceny, nie zasługuje na aprobatę. Izba zauważa, że sposób obliczenia ceny jest elementem składającym się na treść siwz. Wynika to wprost z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy. Oznacza to, że wadliwości oferty dotyczące treści siwz odnoszące się do opisu sposobu obliczenia ceny mogą, ale nie muszą skutkować powstaniem w ofercie błędu w obliczeniu ceny. W ocenie Izby przy zbiegu podstaw prawnych, które mogą skutkować odrzuceniem oferty, należy wnikliwie zanalizować zaistniałą w postępowaniu sytuację. Bezsporne jest, że Arkadiusz Panek zastosował nieprawidłowe stawki podatku VAT dla produktów i półproduktów, co było niezgodne z treścią siwz, wskazał, że taka sytuacja był wynikiem omyłki, co do rzeczywistej treści siwz. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o odrzuceniu oferty, ale z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W tej sytuacji, przed podjęciem czynności mogących skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Arkadiusza Panek, zamawiający powinien był zanalizować treść złożonej oferty oraz charakter popełnionej omyłki pod kątem tego, czy nadaje się ona do poprawienia w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W ocenie Izby podanie nieprawidłowej stawki podatku VAT nie jest ani omyłką pisarską (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy), ani omyłką rachunkową (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy). Jest niewątpliwie inną niezgodnością treści oferty z treścią siwz. Izba wyraża pogląd, że o tym, czy niezgodność taka, dotycząca opisu sposobu obliczenia ceny, może być kwalifikowana, jako omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy czy też jako błąd w obliczeniu ceny decyduje to, czy poprawienie takiej niezgodności spowoduje istotne zmiany w treści oferty. Tym samym błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy występuje wówczas, gdy wykonawca nie zastosował się do wymagań zamawiającego zawartych w siwz w opisie sposobu obliczenia ceny i nie można naprawić skutków tego zaniechania wykonawcy w sposób nie powodujący istotnych zmian w treści oferty. Izba uważa, że zmiany w treści oferty są nieistotne wówczas, gdy nie wpływają na pozycję wykonawcy w rankingu ofert. W przedmiotowej sprawie wykonawca zaoferował cenę całkowitą brutto w wysokości 3 549 530,24zł. (po poprawieniu przez zamawiającego omyłek rachunkowych będących skutkiem wadliwego zaokrąglania więcej niż dwóch miejsc po przecinku – cena całkowita brutto oferty Arkadiusza Panek wyniosła 3 549 530zł.), po dokonaniu poprawienia omyłek w stawkach podatku VAT tj. dla herbaty i soli z 8% na 23% i dla kaszki błyskawicznej, płatków owsianych, kaszki manny, ryżu i sucharków z 8% na 5%, cena całkowita oferty brutto powinna wzrosnąć o około 180zł. Cena oferty odwołującego jest droższa od oferty wybranej o 191 397,12zł. brutto, zatem poprawienie omyłki w cenach jednego kilograma brutto nie spowoduje zmiany pozycji wykonawcy wybranego w rankingu ofert. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że nie jest on uprawniony, ani zobowiązany do badania stawki podatku VAT. Izba uważa, że jeżeli zamawiający w ramach sposobu obliczenia

ceny wymagał podania stawek podatku VAT, to w konsekwencji nałożył na siebie obowiązek sprawdzenia tych stawek i ewentualnej ich korekty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy), względnie odrzucenia oferty, jeżeli nieprawidłowości co do stawek w przypadku ich poprawienia wywołały by istotne zmiany w treści oferty (błąd w obliczeniu ceny, jako szczególny odrębnie wyspecyfikowany przez ustawodawcę rodzaj niezgodności treści oferty z treścią siwz) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Podobnie Sąd Najwyższy w uchwałach sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 z dnia 20 października 2011r. wskazał, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest 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, tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie tj. w zakresie niezastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wobec oferty wybranej nie zostało jednak objęte zarzutem odwołania i nie może być podstawą do jego uwzględnienia, z uwagi na treść art. 192 ust. 7 ustawy. Zamawiający, mimo wskazanego zaniechania, w ocenie Izby nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż podnoszona przez odwołującego wadliwość treści oferty nie jest błędem w obliczeniu ceny. Zarzut naruszenia art. 87 ustawy poprzez jego zastosowanie i poprawienie błędu w obliczeniu ceny także nie potwierdził się, gdyż zamawiający nie dokonał poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprawił omyłkę rachunkową wynikającą z błędnego zastosowania ogólnych zasad matematycznego zaokrąglania wyników.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji poprzez wybór najkorzystniejszej oferty zawierającej nieprawidłową stawkę podatku VAT, czyli dokonania porównania, oceny i wyboru oferty, której nie można porównać

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec nie potwierdzenia się wskazanych wyżej zarzutów odwołania nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. O naruszeniu tego przepisu nie można mówić w szczególności w sytuacji, gdy sam ustawodawca ustanawia odstępstwo od reguły niezmienności treści oferty po upływie terminu składania oferty, wskazując na przesłanki poprawiania treści oferty przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 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

Członkowie :

.....

.....