

Sygn. akt: KIO/378/11

**WYROK**  
**z dnia 11 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek-Bujak

**Członkowie:** Marzena Teresa Ordysińska

Anna Packo

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 lutego 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe „Concret” Zbigniew Boczkowski i Jan Góra Spółka Jawna, 43-100 Tychy, ul. Fabryczna 10**, wobec czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dąbrowa Górnicza, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21**

przy udziale **Budostal 2 S.A., 31-476 Kraków, ul. Lublańska 34**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe „Concret” Zbigniew Boczkowski i Jan Góra Spółka Jawna, 43-100 Tychy, ul. Fabryczna 10** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe „Concret” Zbigniew Boczkowski i Jan Góra Spółka Jawna, 43-100 Tychy, ul. Fabryczna 10**.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Gminę Dąbrowa Górnicza na *przebudowę zabytkowego Pałacu Kultury Zagłębia w Dąbrowie Górniczej – dziedzictwa kulturowego Zagłębia Dąbrowskiego: Etap I – przebudowa podjazdów, przybudówek i tarasów przy elewacjach bocznych. Etap II – przebudowa i termomodernizacja budynku* (znak sprawy: ZP/WIM-341-2-109/10), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 17 września 2010 r., 2010/S 181-275904, wobec czynności oceny oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe „Concret” Zbigniew Boczkowski i Jan Góra Spółka Jawna (dalej zwany odwołującym), wykonawca ten w dniu 25 lutego 2011 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO/378/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 lutego 2011 r. Informację o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanej faksem w dniu 16 lutego 2011 r.

Odwołanie wniesione zostało wobec czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz zaniechania dokonania poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz zaniechania wyboru oferty odwołującego. Wobec wskazanych czynności i zaniechań zamawiającego, zarzuty odwołującego dotyczą naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz, czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej i dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pozostający w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy podniesiony został w związku z czynnością odrzucenia oferty odwołującego, w stosunku do której zamawiający uznał, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT dla prac konserwatorskich objętych przedmiotową robotą budowlaną. Wykonawca w odniesieniu do części pozycji kosztorysowych, przy obliczeniu ceny uwzględnił zwolnienie od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 ustawy o VAT, który to przepis został uchylony ustawą o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej z dnia 26 listopada 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 238, poz. 1578). Odwołujący oponował przeciw ustaleniu, iż wskazany

przepis ustawy o VAT został uchylony i podkreślił, iż zastosowanie zwolnienia z podatku VAT dla pozycji wyszczególnionych na stronie 82 oferty było i jest w pełni uzasadnione oraz zgodne z obowiązującymi przepisami. W ocenie odwołującego, przyjmując hipotetycznie, iż w zakresie wskazanych pozycji wykonawca winien uwzględnić 23 procentową stawkę podatku VAT, to przyjęcie zwolnienia od podatku nie oznaczało błędu w obliczeniu ceny i tym samym nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia tej oferty. Mając powyższe na względzie, stanowisko zamawiającego, który przyjął, iż brak uwzględnienia wysokości podatku VAT - 23 % skutkowało koniecznością odrzucenia oferty, odwołujący uznał za nieprawidłowe. Odwołujący odwołał się do aktualnego orzecznictwa KIO, w którym wskazuje się na brak kompetencji zamawiającego do kontroli prawidłowości stawki podatku VAT. Odwołujący podkreślił konieczność odniesienia się do sposobu obliczenia ceny wskazanego przez zamawiającego w siwz, jako jedyne go wyznacznika dla ustalenia prawidłowości cen ofertowych w odniesieniu do dyspozycji zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Jego zdaniem zastosował się on w pełni do nakazów zawartych w tym zakresie w siwz, w szczególności do treści ppkt 23.1 siwz, zgodnie z którym „podane w ofercie: cena netto, podatek VAT i cena brutto za całość zadania winny stanowić odpowiednio: sumy cen netto, podatków VAT i cen brutto za Etap I i Etap II. Wszystkie wartości muszą być wyrażone w PLN, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku z zastosowaniem przybliżenia dziesiętnego”. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie wydał dyspozycji co do określonej stawki podatku od towarów i usług, którą należało zastosować do obliczenia ceny ofertowych. W tych okolicznościach, zdaniem odwołującego nie zachodzi przypadek, w którym określony sposób obliczenia ceny (tj. zastosowanie zwolnienia z podatku VAT) uznany być może za sprzeczny z wymaganiami siwz. Błędne wskazanie stawki podatku VAT przy określaniu ceny oferty, stanowi o przyjęciu nieprawidłowego założenia co do obowiązującego prawa podatkowego, stąd stanowi o ustaleniu tej ceny, nie zaś jej obliczeniu, skoro wynika nie z czynności natury czysto arytmetycznej (działań matematycznych), lecz z okoliczności obiektywnej, to jest z obowiązującego prawa (choć w konkretnym przypadku być może niewłaściwie zastosowanego). Błąd w obliczeniu ceny z założenia zawiera element działania niezamierzonego, takiego, które jest wynikiem omyłki, w odróżnieniu od świadomej decyzji wykonawcy co do zastosowania stawki podatku VAT.

Odwołujący wskazał, iż popełnił przy sumowaniu wartości pozycji zwolnionych z VAT oczywistą omyłkę rachunkową, podlegającą poprawieniu przez zamawiającego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Nie zgodził się ze stwierdzeniem zamawiającego, iż przyjęcie dla pozycji wskazanych na stronie 82 oferty kwoty brutto równej kwocie netto stanowiłoby o naruszeniu prawa przez zamawiającego, wskazując jednocześnie, iż to wykonawca odpowiada za prawidłowe obliczenie ceny, w tym za zastosowaną stawkę podatku VAT. Nie jest możliwe naruszenie przez zamawiającego prawa podatkowego w sytuacji, w której

zamawiający poprawiając oczywistą omyłkę rachunkową w ofercie odwołującego, przyjmie za odwołującym, iż w przypadku pozycji wskazanych na stronie 82 oferty kwota brutto jest równa kwocie netto, bowiem istnieje tutaj zwolnienie z podatku VAT. Zamawiający nie jest zobowiązany do weryfikowania stawek przyjętych przez wykonawców, a poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w sposób wskazany powyżej nie wymaga dokonywania rozstrzygnięć co do prawidłowej stawki podatku VAT. Ze względu na przyjęcie przez odwołującego zwolnienia z podatku VAT, poprawiając oczywistą omyłkę rachunkową przy sumowaniu wartości netto, zamawiający nie będzie musiał dokonywać żadnych operacji matematycznych, gdyż powinien przyjąć wartość brutto równą poprawionej przez zamawiającego wartości netto. Dokonywane przez zamawiającego utożsamianie „niemożliwości prawidłowego rozliczenia zadania w trakcie jego realizacji” z błędem w obliczeniu ceny nie ma żadnych normatywnych podstaw.

Ponieważ oferta odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, lecz wyłącznie oczywistą omyłkę rachunkową, podlegającą poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą według jedynego kryterium oceny – cena. Dokonanie wyboru oferty droższej o ponad 5 mln złotych brutto naruszało art. 91 ust. 1 ustawy.

W dniu 28 lutego 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca Budostal 2 S.A., wnosząc o oddalenie odwołania. W jego ocenie, zamawiający słusznie przyjął w oparciu o dokumentację ofertową, iż odwołujący nieprawidłowo dokonał obliczenia ceny albowiem w przedmiotowym postępowaniu winien zastosować stawkę podatku VAT w wymiarze obowiązującym na dzień składania ofert tj. na dzień 07 stycznia 2011 r. Jednocześnie zgodnie z dyspozycją rozdziału 23 pkt 23.1 siwz, podana w ofercie cena winna być uzyskana w rozbiu na cenę netto, podatek VAT i cenę brutto dla całości zadania, co znalazło odzwierciedlenie w załączniku nr 1 do siwz – formularzu ofertowym. Od 1 stycznia 2011 r. wprowadzono dla robót budowlanych w zakresie budowy artystycznych i kulturalnych obiektów budowlanych będących przedmiotem głównym zamówienia jak i przedmiotów dodatkowych zamówienia tj. robót remontowych i renowacyjnych, instalacyjnych w budynkach, a także wykończeniowych w zakresie obiektów budowlanych określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień, stawkę podatku VAT 23 %. Przystępujący wskazał na odpowiedź zamawiającego udzieloną na zapytanie jednego z uczestników postępowania, w której wskazał, iż wykonawcy składając ofertę winni cenę oferty obliczyć z zastosowaniem stawki podatku VAT obowiązującej na dzień składania ofert. Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmiany istotnych postanowień umowy w przypadku zmiany stawki podatku VAT w trakcie realizacji umowy (par. 18 pkt 2.2.5 projektu umowy i pkt 25.4.2 ppkt 5 siwz). Skoro zamawiający zdecydował, aby cena oferty została

określona w rozbiciu na wartość netto, stawkę podatku VAT oraz wartość brutto, to prawidłowość tych składowych podlega ocenie. Nie uwzględnienie stawki podatku VAT nie jest błędem rachunkowym nadającym się do poprawy. VAT jest składnikiem ceny i nieuwzględnienie go w wycenie prac czyni podaną cenę wadliwą.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie oferty odwołującego, która w oparciu o ustalone kryterium oceny ofert mogła być uznana za najkorzystniejszą, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia.

Zarzuty podniesione przez odwołującego sprowadzają się do prawidłowości decyzji zamawiającego, który uznał, iż oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki podatku VAT w cenie brutto oferty, prowadzący do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Błąd wskazany przez zamawiającego wynikał z przyjęcia dla części pozycji kosztorysowych zwolnienia z podatku VAT i był powodowany błędnym wyobrażeniem o prawdziwym stanie rzeczy, tj. o aktualnej na dzień składania ofert stawce podatku VAT na prace konserwatorskie. Przyjęcie przez zamawiającego, iż w obliczeniu ceny odwołujący popełnił błąd, rodziło konsekwencje w postaci zaniechania przez zamawiającego poprawienia omyłki

rachunkowej popełnionej przy zliczaniu wartości netto pozycji kosztorysowych, gdyż zamawiający uznał, iż poprawienie wartości netto pozostawało bez znaczenia, przy braku prawnej możliwości poprawienia wartości brutto oferty.

Mając na uwadze treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał podania w ofercie: ceny netto, podatku VAT i ceny brutto za całość zadania (pkt 23.1 siwz). Wykonawcy mieli sporządzić kosztorysy ofertowe metodą uproszczoną, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem, jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych, bez podatku VAT. Wskazane było załączenie do oferty zbiorczego zestawienia kosztorysów z podaniem wartości poszczególnych kosztorysów (wg kolejności jak w przedmiarach robót). Suma zestawień powinna równać się cenie ofertowej (pkt 9.3.2 siwz). Określona cena oferty nie stanowi o wysokości wynagrodzenia wykonawcy, które będzie obliczone jako iloczyn cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę i obmiaru faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez inspektora nadzoru w książce obmiaru robót (pkt 23.5 siwz). Wszystkie ceny jednostkowe, stawka R-g, Kp, Kz i Zysk określone przez wykonawcę pozostaną stałe na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianie przez okres obowiązywania umowy (pkt 23.6 siwz). Zamawiający przewidział możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, między innymi w przypadku zmiany przepisów prawa istotnych dla postanowień zawartej umowy, w szczególności zmiany stawki podatku VAT (pkt 25.4.2.5 siwz). Zamawiający w sposób szczegółowy opisał elementy kosztowe, jakie wykonawcy mieli uwzględnić przy obliczeniu cen jednostkowych netto, opisując je w dziewiętnastu podpunktach punktu 23.8 siwz. W odpowiedzi na pytanie dotyczące stawki podatku VAT, jaką wykonawcy mieli uwzględnić przy obliczeniu ceny brutto oferty, zamawiający pismem z dnia 17.12.2010 r. udzielił odpowiedzi, iż cenę oferty należy obliczyć z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT obowiązującej na dzień składania ofert. Termin składania ofert upływał w dniu 7 stycznia 2011 r., tj. po wejściu w życie przepisów wprowadzających nowe stawki podatku VAT.

Odwołujący załączył do oferty na stronie 82 zestawienie kosztorysów, w którym wyszczególnił w ramach robót budowlanych pozycje z kosztorysu nr 1 zwolnione z podatku VAT. Przy obliczeniu ceny brutto oferty przyjął, iż prace konserwatorskie w łącznej wysokości wskazanej w zestawieniu kosztorysów na kwotę netto 5.143.477,41 zł., zwolnione są z podatku VAT. Jak wynika z treści wyjaśnień udzielonych przez tego wykonawcę w piśmie z dnia 07.02.2011 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, podstawa prawna do zwolnienia z podatku VAT wynikać ma z art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, której zasadność do zastosowania w zakresie prac konserwatorskich potwierdzać miała załączona interpretacja indywidualna organu podatkowego z dnia 28 sierpnia 2009 r.

Mają na uwadze ustalony stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba musiała odpowiedzieć na pytanie, czy przy obliczeniu ceny brutto oferty odwołujący w sposób błędny przyjął, iż prace konserwatorskie zwolnione są z podatku VAT, a w przypadku potwierdzenia tej tezy, czy taki stan stanowił o popełnieniu błędu w obliczeniu ceny, prowadzący do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Mając na uwadze zmianę przepisów ustawy o VAT, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2011 r., na pierwsze pytanie należało udzielić odpowiedzi twierdzącej. Odwołujący argumentując zasadność zastosowania zwolnienia z podatku VAT, powoływał się na przepis art. 43 ust. 1 ustawy o VAT w brzmieniu nie obowiązującym w dniu składania ofert. Nie było sporne pomiędzy stronami, iż do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 226, poz. 1476), usługi konserwatorskie na obiekcie zabytkowym mieściły się w grupowaniu statystycznym PKWiU: 92.52.12-00.00 w ramach usług ochrony zabytków i podlegały zwolnieniu z opodatkowania podatkiem od towarów i usług jako niewymienione w wyłączeniach od zwolnienia z opodatkowania podatkiem od towarów i usług, przewidzianych w punkcie 5 poz. 11 załącznika nr 4 do ustawy o VAT. W związku ze zmianą systematyki art. 43 ustawy o VAT, która zaczęła obowiązywać z dniem 1 stycznia 2011 r., art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy odwołujący się do załącznika nr 4 do ustawy wymieniającego usługi zwolnione od podatku VAT, uległ uchyleciu. W obecnym kształcie przepisu art. 43 ustawy o VAT zrezygnowano ze wskazania zwolnień poprzez symbole PKWiU. Nowy zakres zwolnień ma charakter opisowy i kładzie nacisk na konkretny cel wykonywania usług, odchodząc tym samym od dotychczasowego zwolnienia wszelkich usług mieszczących się w danym grupowaniu PKWiU z załącznika nr 4 do ustawy. Obecnie w art. 43 w pkt 33 wymienione zostały usługi kulturalne świadczone przez: a) podmioty prawa publicznego lub inne podmioty uznane na podstawie odrębnych przepisów za instytucje o charakterze kulturalnym lub wpisane do rejestru instytucji kultury, prowadzonego przez organizatora będącego podmiotem tworzącym instytucje kultury w rozumieniu przepisów o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną, b) indywidualnych twórców i artystów wykonawców, w rozumieniu przepisów o prawie autorskim i prawach pokrewnych, wynagradzane w formie honorariów, w tym za przekazanie lub udzielenie licencji do praw autorskich lub praw do artystycznego wykonania utworów. Odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunki opisane w przytoczonym przepisie, a zatem Izba przyznała rację zamawiającemu, iż w obecnym stanie prawnym odwołujący nie był uprawniony do przyjęcia, iż usługi wymienione na stronie 82 oferty były na dzień składania ofert zwolnione z opodatkowania podatkiem od towarów i usług.



Mając powyższe na względzie, Izba uznała, iż odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny oferty brutto, polegający na zaniżeniu kwoty z tytułu należnego podatku VAT, prowadzące do zaniżenia całkowitej ceny brutto oferty. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz, stanowiącym formularz ofertowy, w celu obliczenia ceny brutto oferty, wykonawcy mieli dodać do wartości netto zsumowanej dla wszystkich pozycji kosztorysowych podatek VAT. Jak wynika z zestawienia kosztorysów, odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty brutto podatku 23% podatku VAT od podanej kwoty 5.143477,41 zł. Zaniżenie tego elementu cenotwórczego miało bezpośrednie przełożenie na kwotę brutto, która miała służyć do porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba w szczególności podkreśla, iż w przedmiotowym postępowaniu, cena brutto oferty nie stanowiła o wysokości wynagrodzenia wykonawcy, rozliczanego kosztorysem powykonawczym w oparciu o wskazane ceny jednostkowe netto. Przy takim kształcie postanowień siwz, kwota brutto miała decydujące znaczenie dla samego wyboru oferty najkorzystniejszej w kryterium ceny, która zgodnie z definicją ustawową, do której odsyła w art. 2 pkt 1 ustawa Pzp, uwzględnia podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu tym podatkiem. Odwołujący potwierdził, iż w przypadku stwierdzenia, iż usługi konserwatorskie nie korzystają ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem VAT, konieczne byłoby obniżenie wartości netto spornych pozycji na etapie fakturowania tych prac. Wskazuje to zatem na konieczność uwzględnienia przez wykonawców właściwej stawki podatku VAT, który stanowi odrębny od pozycji kosztowych element cenotwórczy, i który nie może decydować o uznaniu oferty za najkorzystniejszą. W ocenie składu orzekającego dla oceny, czy w ofercie popełniono błąd w obliczeniu ceny, decydujące znaczenie mają postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający zobowiązany jest zamieścić opis sposobu obliczenia ceny. Ustawa nie zawiera żadnych wytycznych w tym zakresie, poza odwołaniem się do definicji ceny. W związku z powyższym opis sposobu obliczenia ceny wprowadzony przez zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostaje skuteczny i wiążący tak dla wykonawców, jak i składu orzekającego Izby. Skoro zamawiający w ramach tego opisu, w pkt 23.1 wskazał na sumowanie cen netto, podatków VAT i cen brutto za Etap I Etap II, błędy popełnione przy ustalaniu ich wartości (tu wartości podatku VAT), skutkowały błędnym wynikiem sumowania. Należało zgodzić się z zamawiającym, iż błąd wykonawcy dotyczył jego wyobrażenia o prawdziwym stanie rzeczy wynikającym ze zmiany podejścia ustawodawcy do wskazania zwolnień w ustawie o VAT.

Przechodząc do ostatniej kwestii wymagającej zajęcia stanowiska przez Izbę i dotyczącej możliwości poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Izba uznała, iż proponowany przez odwołującego mechanizm poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej nie mógł doprowadzić do naprawienia błędu popełnionego przez wykonawcę, tj. uznania, iż prace konserwatorskie podlegają zwolnieniu z

podatku VAT. Samo poprawienie sumowania wartości netto, możliwe do przeprowadzenia na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy, czego oczekiwał odwołujący, nie zmieniałoby przyjętej do obliczenia ceny oferty brutto stawki podatku VAT, tj. zwolnienia z podatku VAT. Odwołujący utrzymywał, iż zamawiający winien, uwzględniając konsekwencje rachunkowe sumowania kwot netto, poprawić kwotę brutto oferty, tj. cenę oferty, przyjmując niewłaściwą na dzień składania ofert stawkę podatku VAT. Konsekwencje rachunkowe możliwych do dokonania poprawek w sumowaniu wartości netto pozycji kosztorysowych nie mogły obejmować stawki podatku VAT wskazanej przez odwołującego. Ustalenie właściwej stawki podatku VAT nie dotyczy działania matematycznego, lecz przyjęcia danej niezbędnej do przeprowadzenia tego rachunku. Niezależnie od braku możliwości poprawienia stawki podatku VAT, jako konsekwencji rachunkowych oczywistych omyłek rachunkowych, należy także mieć na względzie zgodność takiego postępowania z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stałoby to w jawnej sprzeczności z wyjaśnieniami zamawiającego dotyczącymi treści siwz, w których w sposób jednoznaczny i kategoryczny wymagał uwzględnienia przy obliczaniu ceny oferty, stawki podatku VAT, obowiązującej na dzień składania ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zamawiający w sposób znajdujący uzasadnienie w postanowieniach siwz dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał możliwości poprawienia stawki podatku VAT przyjętej dla obliczenia ceny oferty, a tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust.2 pkt 2 ustawy nie potwierdził się.

W oparciu o powyższe żaden z zarzutów podnoszonych odwołaniu nie zasługiwał na uwzględnienie, a odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

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 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:**

.....

.....