

Sygn. akt: KIO 2194/10

**WYROK**  
**z dnia 20 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier – Dolańska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 października 2010 r. przez **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego z siedzibą w Katowicach**

przy udziale uczestnika postępowania – wykonawcy **Condite sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz zasądza od **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Szpitala im. Stanisława Leszczyńskiego z siedzibą w Katowicach** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty zamawiającego poniesie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

.....

## Uzasadnienie

Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego z siedzibą przy ul. Raciborskiej 26, 40-074 Katowice zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na realizację projektu pn. *„Rozbudowa kompleksu Szpitala im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach w celu utworzenia Centralnej Izby Przyjęć oraz dostosowania oddziałów łóżkowych do wymogów prawa”*.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 20 sierpnia 2010 r. zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego oraz w jego siedzibie (pkt 7 druku ZP-1). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 161 - 248396.

Pismem z dnia 29 września 2010 r. zamawiający poinformował wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą przy Al. Jerozolimskich 162 A, 02-342 Warszawa (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Condite sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Piotrowskiej 12, 25-510 Kielce.

Dnia 8 października 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesowi Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazał zamawiającemu tego samego dnia. Odwołanie zostało złożone wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty Condite sp. z o.o. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp oraz przepisy przywołane w treści odwołania żądając:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Condite sp. z o.o.,
- odrzucenia oferty Condite sp. z o.o.,
- dokonania ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione w odwołaniu zarzuty odwołujący argumentował, iż podjęte przez Zamawiającego czynności są błędne i winny zostać zmienione. Stwierdził, iż oferta złożona przez Condite sp. z o.o. po pierwsze - zawiera błąd w obliczeniu ceny, po wtóre - jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) w zakresie dotyczącym harmonogramu rzeczowo-finansowego, rodzącego zobowiązania zamawiającego wobec wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia objętego dotacją zgodnie z umową z dnia 1 marca 2010r. Przedmiotowy harmonogram rzeczowo – finansowy w trzecim roku realizacji przedmiotu zamówienia zawiera kwoty wyższe niż przysługująca zamawiającemu część dotacji przyznanej na ten rok. Tym samym dokonał wyboru oferty, która powinna być odrzucona, a jednocześnie droższej od oferty o najniższej, prawidłowo obliczonej cenie, a więc od oferty, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu, odwołujący przywołał pkt V siwz, zgodnie z którym *„harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji przedmiotu zamówienia winien być dostosowany do warunków dotacji Województwa Śląskiego dla Szpitala im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach (umowa dotacji - Załącznik nr 14 do siwz), w ten sposób, że wysokość zobowiązań Zamawiającego wobec Wykonawcy z tytułu realizacji zadań objętych dotacją w każdym roku realizacji przedmiotu zamówienia nie przekroczy części dotacji przyznanej na dany rok”*. Dodał, iż umowa dotacji z 1 marca 2010r. stanowi, że zamawiający otrzyma dotację nie wyższą niż odpowiednio, w roku 2010 – 6 710 000 zł, w roku 2011 – 16 594 000 zł, oraz w roku 2012 – 1 963 000 zł. Ponadto umowa ta zawiera załącznik wyszczególniający roboty na które przeznaczona może być dotacja, ich wartość i rok finansowania. Dokonując natomiast analizy harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego część oferty Condite sp. z o.o. (załącznik o nazwie: Harmonogram płatności za realizację poszczególnych fragmentów przedmiotu zamówienia), odwołujący stwierdził, iż w roku 2012 zobowiązanie zamawiającego względem tego wykonawcy miałyby wynosić aż 2 108 060,84 zł. Wartość ta stanowi sumę tylko tych pozycji zamówienia, które objęte są dotacją w roku 2012 r. Podkreślił, iż prócz tych kosztów w 2012 r. zamawiający zobowiązany byłby ponieść jeszcze większe wydatki na sfinansowanie zamówienia. Biorąc pod uwagę treść umowy dotacji, która stanowi o maksymalnych i niezmiennych wartościach dotacji w danym roku oraz mając na uwadze pkt V siwz, wskazał, iż treść oferty Condite sp. z o.o. jest sprzeczna z siwz, a więc winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż stawiając w treści siwz określone warunki dotyczące realizacji finansowania zamówienia, zamawiający zobowiązany jest konsekwentnie stosować się do tych warunków. Odstępując od stosowania, w szczególności na korzyść tylko jednego wykonawcy, warunków, które zamawiający sam określił, zamawiający dopuszcza się naruszenia zasady

uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców oraz niezmienności warunków postępowania.

Ustosunkowując się do drugiego z zarzutów odwołujący podkreślił, iż bezspornym jest, że wykonawca Condite sp. z o.o. w celu obliczenia ceny zastosował dwie stawki podatku od towarów i usług (VAT). Wykonawca nie wskazuje jaką część zamówienia objął stawką 7%, a jaką stawką 22%. Argumentował, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Projekt umowy zawarty w siwz nie zawiera żadnego rozgraniczenia pomiędzy poszczególnymi elementami składającymi się na jej przedmiot. Wynagrodzenie zostało określone jako ryczałtowe, łączne za cały przedmiot zamówienia. Tak uregulowana cena nie daje żadnych podstaw dla podziału przedmiotu umowy na elementy, a następnie objęcie ich różną stawką podatku. Podniósł, iż stan faktyczny zamówienia i przyszłej umowy nie daje podstaw dla stosowania różnych stawek podatku od towarów i usług dla przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z przepisami ustawy o VAT, dla takich usług jak opisane powyżej stosuje się stawkę właściwą dla robót budowlanych, a więc bezwzględnie stawkę 22%. Zastosowanie jakiegokolwiek innej stawki podatku musi zostać uznane za niewłaściwe. Przyjęcie koncepcji proponowanej przez Condite sp. z o.o. prowadzi do absurdalnej sytuacji, w której złożone zamówienie takie jak budowa szpitala, winno być rozczłonkowane na czynniki pierwsze, począwszy od zakupu gwoździ, montaż urządzeń, najem sprzętu, poprzez posiłki regeneracyjne do usług księgowych i zastosowanie dla tych towarów i usług odpowiednich, odrębnych stawek podatku. Zważywszy, że Zamawiający jest jednostką budżetową zobowiązany będzie wydatkować cenę uwzględniającą należny podatek VAT. Odwołujący w konsekwencji wskazał, iż zważywszy, że podatek VAT w ofercie Condite sp. z o.o. został obliczony błędnie, także błędnie została obliczona cena oferty tego wykonawcy, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.6 ustawy.

Z ostrożności zwrócił uwagę, że nawet jeśli przyjąć, iż wykonawca Condite sp. z o.o. pomylił się określając mnożnik ceny netto dla stawki podatku VAT, cena tego wykonawcy pomnożona przez właściwą stawkę podatku tj. 22%, jest wyższa od ceny oferowanej przez odwołującego i wynosi 23 558 674,70 zł, przy cenie odwołującego 23 543 240,67 zł. Zatem nawet jeżeli zamawiający dokonałby poprawy ceny tego wykonawcy w trybie art. 87 ust.2 ustawy, zobowiązany jest unieważnić czynność wyboru oferty odwołującego i dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc oferty odwołującego.

W dniu 11 października 2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby - prezentata) wykonawca Condite sp. z o.o. (dalej „przystępujący”) – w odpowiedzi na wezwanie do

wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazanym przez zamawiającego w dniu 8 października 2010 r. – zgłosił Prezesowi Izby przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na rozprawie w dniu 18 października 2010 r. strony oraz przystępujący potrzykali swoje stanowiska.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba za podstawę rozstrzygnięcia przyjęła następujące ustalenia faktyczne:**

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu udzielenia zamówienia na realizację projektu pn. *„Rozbudowa kompleksu Szpitala im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach w celu utworzenia Centralnej Izby Przyjęć oraz dostosowania oddziałów łóżkowych do wymogów prawa”*.

Termin realizacji zamówienia mija w dniu 31 października 2012 r., *„przy czym wykonawca musi dostosować harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji przedmiotu zamówienia do warunków udzielenia dotacji Województwa Śląskiego (...) w ten sposób, że wysokość zobowiązań Zamawiającego wobec Wykonawcy z tytułu realizacji zadań objętych dotacją w każdym roku realizacji przedmiotu zamówienia nie przekroczy części dotacji przyznanej za dany rok”* (pkt V siwz, k. 2). Umowa dotacji z dnia 1 marca 2010 r. stanowi załącznik nr 14 do siwz. Datacja celowa ma być przekazywana w wysokości: 2010 r. - 6 710 000 zł, 2011 r. – 16 594 000 zł, 2012 r. – 1 963 000 zł (§ 1 ust. 1 umowy dotacji). Dalej zostało postanowione, iż załącznik nr 1 do umowy dotacji stanowi harmonogram rzeczowo – finansowy, a wszelkie w nim zmiany w zakresie planowanych kwot dotyczących poszczególnych elementów realizowanych robót lub dostaw przekraczające 20 % wartości ustalonej przy zawieraniu umowy wymagają zgody Województwa Śląskiego (§ 1 ust. 3 i 4 umowy dotacji). Z harmonogramu wynikają kwoty dotacji na poszczególne lata (od I kwartału 2010 r. do II kwartału 2012 r.) z podziałem na poszczególne elementy wyposażenia i robót budowlano – montażowych. Harmonogram finansowania zamówienia ma być przekazany niezwłocznie po rozstrzygnięcia postępowania na udzielnie zamówienia do Województwa

Śląskiego, w którym zostanie podana ostateczna wartość dotowanego zadania z elementami stanowiącymi podstawę do rozliczenia częściowego i ostatecznego w określonych terminach (§ 3 ust. 1 umowy dotacji).

Wśród dokumentów, które wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty (stanowiących jej integralną część) zamawiający wymienił w pkt. VIII.1.1 siwz harmonogram płatności za realizację poszczególnych fragmentów przedmiotu zamówienia – wzór stanowi załącznik nr 3 do siwz (k. 5 siwz). Wskazane w nim zostały poszczególne roboty budowlano-montażowe oraz wyposażenie (kolumna 2) wraz ze wskazaniem w kolumnie pn. „*terminy przekazania dotacji UM*” (kolumna 6) w niektórych wierszach lat 2010 lub 2011 lub 2012. Wykonawca miał wypełnić rubryki w kolumnach pt. „*wartość brutto w zł*” (kolumna 3) oraz podać termin rozpoczęcia i zakończenia (kolumny 4 i 5).

Ponadto w pkt. VIII.1.3 siwz zamawiający wskazał, iż wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z oferta podpisany przez osoby upoważnione do jego reprezentowania projekt umowy stanowiący załącznik nr 5 do siwz (k. 5 siwz). Jak wynika z § 2 ust. 5 projektu umowy wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot umowy zgodnie z uzgodnionym z zamawiającym harmonogramem rzeczowo – finansowym. Ponadto w § 9 projektu umowy zamawiający postanowił, iż wykonawca ma obowiązek przekazać inwestorowi zastępczemu harmonogram rzeczowo – finansowy realizacji przedmiotu umowy w terminie 14 dni od jej podpisania, z którego powinna wynikać kolejność realizacji robót i dostaw materiałów z uwzględnieniem wymaganej technologii, czasu realizacji i terminów dostaw uzgodnionych materiałów oraz terminów wykonania elementów robót podlegających okresowym rozliczeniom (ust. 1). Dalej zostało wskazane, iż harmonogram rzeczowo – finansowy musi uwzględniać warunki zawarte w umowie dotacji przyznanej przez zamawiającego na realizację zamówienia i podlega akceptacji zamawiającego (ust. 2 i 3). Ponadto wykonawca będzie zobowiązany na polecenie zamawiającego do przedłożenia zaktualizowanego harmonogramu rzeczowo – finansowego, jeżeli obowiązujący harmonogram stanie się niezgodny z faktycznym zaawansowaniem rzeczowym lub finansowym robót bądź ze zobowiązaniami wykonawcy. W takim przypadku zamawiający poda metodę sporządzenia harmonogramu, formę i stopień jego uszczegółowienia oraz termin jego przedłożenia do akceptacji (ust. 4). Harmonogram rzeczowo – finansowy ma być podstawą do dokonywania odbiorów przejściowych przedmiotu zamówienia i płatności za nie (§ 16 pkt 2 i § 26 ust. 3 projektu umowy). Za zwłokę w przekazaniu zamawiającemu zaktualizowanego harmonogramu rzeczowo – finansowego zostały w § 24 ust. 2 pkt 5 projektu umowy przewidziane kary umowne. Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy w

przypadku niezatwierdzenia harmonogramu rzeczowo – finansowego w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy, jak również opóźnienia realizacji poszczególnych elementów inwestycji powyżej 4 miesięcy w stosunku do przedmiotowego harmonogramu (§ 30 ust. 2 pkt 2 i 6 projektu umowy). Wśród załączników do umowy wymienione zostały m.in. siwz, oferta wykonawcy oraz harmonogram rzeczowo – finansowy, po jego zaakceptowaniu przez zamawiającego (§ 9 ust. 3 i § 35 ust. 2 pkt 1, 2, 5 projektu umowy).

W pkt. XVIII. 2 i 4 siwz zostało określone, iż oceniana będzie cena ryczałtowa brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, a zamówienie zostanie udzielone wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w siwz i została oceniona jako najkorzystniejsza na podstawie kryterium oceny ofert – 100 % cena (k. 12 siwz).

Biorąc powyższe pod uwagę oferty złożyło 10 wykonawców, w tym przystępujący oferując realizację zamówienia za cenę brutto z podatkiem VAT 23 185 823,92 zł. W pozycji „VAT” formularza ofertowego przystępujący wpisał „7/22 %”. Ponadto wskazał, iż „Cena oferty bez podatku VAT wynosi: 19 310 389,07 zł” (pkt II formularza oferty, k. 2 oferty). Przystępujący zobowiązał się także, w przypadku przyznania mu zamówienia, do zawarcia umowy na warunkach określonych w siwz i załącznikach do niej (pkt VII formularza oferty, k.2 oferty). Do oferty przystępującego załączony został podpisany projekt umowy, jak również „Wstępny proponowany wzór harmonogramu płatności za realizację poszczególnych fragmentów zamówienia” (k. 3 oferty). W dokumencie tym wskazana została w pozycji „Razem” kwota 23 185 823,92 zł za realizację całego zamówienia w okresie od II kwartału 2010 r. do II kwartału 2012 roku. Kwota przewidziana na 2012 rok została w tym harmonogramie określona na 2 108 060,80 zł.

Odwołujący pismem z dnia 29 września 2010 r. został zawiadomiony o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. W odpowiedzi odwołujący wniósł odwołanie dowodząc bezprawności działań zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

**W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:**



Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba oddaliła odwołanie uznając, iż zarzuty w nim podniesione nie potwierdziły się.

Przedmiotem sporu jest, czy zamawiający zobowiązany był w świetle stanu faktycznego analizowanej sprawy, do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

I.

Izba ustosunkowując się do postawionej przez wnoszącego odwołanie tezy, iż treść oferty przystępującego jest sprzeczna z treścią siwz, zatem należało ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdza, iż w okolicznościach sporu nie znalazła ona potwierdzenia.

Wbrew stanowisku odwołującego zamawiający w siwz nie sformułował żadnych szczegółowych wymagań dla harmonogramu płatności za realizację poszczególnych fragmentów przedmiotu zamówienia (pkt VIII.1.1 siwz, k. 5). W szczególności nie odnoszą się do niego wytyczne zawarte w pkt. V siwz (k. 2 siwz), które dotyczą innego dokumentu tj. harmonogramu rzeczowo – finansowego i nakładają na wykonawcę obowiązek takiego ukształtowania postanowień tegoż harmonogramu, aby wysokość zobowiązań zamawiającego wobec wykonawcy z tytułu realizacji umowy w każdym roku jej wykonywania nie przekroczyła części dotacji przyznanej na dany rok. Takie wymagania nie zostały sformułowane w odniesieniu do harmonogramu płatności. Nie sposób je wywieść choćby pośrednio ze wzoru harmonogramu płatności stanowiącego załącznik nr 3 do siwz, bowiem dokument ten prezentuje wyłącznie tabelaryczne ujęcie poszczególnych elementów zamówienia, ze wskazaniem roku, w którym mają być wykonane. Brak jednak jakiegokolwiek odniesienia do umowy dotacji bądź wskazania maksymalnych kwot dotacji przeznaczonych na poszczególne lata. Harmonogram rzeczowo – finansowy – w przeciwieństwie do harmonogramu płatności - jest dokumentem o doniosłym znaczeniu dla realizacji i rozliczenia umowy, o czym świadczą liczne postanowienia projektu umowy regulujące kwestię jego

treści, terminu sporządzenia przez wykonawcę, zatwierdzenia przez zamawiającego, włącznie z akceptacją jego aktualizacji oraz prawem zamawiającego do odstąpienia od umowy, gdyby w terminie 30 dni od podpisania umowy harmonogram rzeczowo – finansowy nie został zatwierdzony.

Analogicznych postanowień siwz brak w odniesieniu do harmonogramu płatności za realizację poszczególnych fragmentów przedmiotu zamówienia, który został załączony do oferty przystępującego jako dokument pn.: *„Wstępny proponowany wzór harmonogramu płatności za realizację poszczególnych fragmentów przedmiotu zamówienia”* (k. 3 oferty przystępującego). W siwz zamawiający nie wprowadził żadnych regulacji, które określałyby relację pomiędzy tym dokumentem, a mającym powstać na etapie realizacji umowy harmonogramem rzeczowo – finansowym. W treści siwz nie znajduje potwierdzenia pogląd odwołującego, iż harmonogram płatności stanowić ma podstawę dla mającego powstać w toku realizacji umowy harmonogramu rzeczowo – finansowego. W konsekwencji zdaniem Izby, nie sposób wskazać postanowienie siwz, z którym załączony do oferty przystępującego harmonogram płatności przewidujący za rok 2012 płatność w kwocie wyższej niż dotacja wskazane w umowie dotacji zawartej z Województwem Śląskim, jest sprzeczny. Treść tego dokumentu nie znajduje żadnego przełożenia także na późniejsze zobowiązania umowne zamawiającego i wykonawcy, bowiem zdefiniowane one będą w kwestionowanym zakresie przez harmonogram rzeczowo – finansowy. Faktem jest, iż także harmonogram płatności będzie stanowił załącznik do umowy (jako element oferty w rozumieniu nadanym przez zamawiającego w pkt. VIII.1 siwz wymieniającym wśród integralnych elementów oferty m.in. oświadczenie o zamiarze lub o braku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawców, oświadczenie o wniesieniu gwarancji należytego wykonania umowy, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wykaz wykonanych robót budowlanych), jednak Izba za chybiony uważa pogląd odwołującego, iż tym samym zamawiający naruszy art. 140 ust. 1 Pzp, ponieważ zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zamawiający w treści projektu umowy przewidział, iż harmonogramem rzeczowo – finansowym będzie aktualizowany stosownie do zaawansowania prac oraz, co nie mniej istotne, harmonogram ten w ogóle nie musi być nawet w pierwotnie zatwierdzonym brzmieniu zgodny z harmonogramem płatności zawartym w ofercie. Brak bowiem w siwz postanowienia, które by takiej zgodności wymagało. Zatem w tym zakresie nie sposób stwierdzić naruszenie art. 140 ust. 1 Pzp skoro obydwa harmonogramy nie są w żadnej sposób ze sobą powiązane i brak jakichkolwiek podstaw dla przyjęcia, iż mają być ze sobą zgodne. Zamawiający – uwzględniając treść siwz, w tym w szczególności projektu umowy – ma gwarancję, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany stosownie do zatwierdzonego przez niego harmonogramu rzeczowo – finansowego, który będzie musiał być dostawany do

kwot dotacji przyznanych na poszczególne lata w umowie dotacji i uwzględniać faktyczne terminy wykonania umowy (w zależności od tego, kiedy umowa zostanie zawarta odpowiednio zostanie ukształtowany harmonogram rzeczowo – finansowy, którego modyfikacje pozostaną irrelevantne względem treści oferty przystępującego). Tym samym harmonogram płatności na gruncie badanej sprawy pozostaje bez wpływu na realizację przyszłej umowy nie stanowi bowiem źródła jakiegokolwiek zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego – stanowić go będzie dopiero harmonogram rzeczowo – finansowy zatwierdzony przez zamawiającego. Analiza postanowień siwz w niniejszej sprawie skłania do stwierdzenia, iż załączony do oferty harmonogram płatności ma wyłącznie walor informacyjny, nie istotny w kontekście treści oferty tj. merytorycznej jej zawartości. Nawet jednak, gdyby przyjąć, iż stanowi treść oferty w rozumieniu art. 66 kc (oświadczenie woli) zamawiającemu nie wolno byłoby odrzucić oferty przystępującego z powodu sprzeczności tego dokumentu z treścią siwz, gdyż takiej sprzeczności Izba – wobec braku jakichkolwiek wytycznych dotyczących sporządzenia tego dokumentu, poza tymi wynikającymi ze wzoru harmonogramu zawartego w załączniku nr 3 do siwz – w badanym zakresie nie stwierdziła.

Powyższej oceny nie zmienia treść umowy dotacji, w której mowa jest o konieczności przedłożenia przez zamawiającego harmonogramu finansowania z podaniem ostatecznej wartości dotowanego zadania z elementami stanowiącymi podstawę do rozliczenia częściowego i ostatecznego w określonych terminach (§ 3 ust. 1 umowy dotacji). Nie zostało w siwz wskazane, aby powyższy harmonogram finansowania był tym samym dokumentem, który ma być załączony do siwz.

## II.

Przechodząc do zarzutu zastosowania przez przystępującego błędnej stawki VAT na wstępie zwrócić należy uwagę, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, stawka podatku od towarów i usług nie została wprost określona i narzucona przez zamawiającego w postanowieniach siwz, jako wiążąca dla wykonawców.

Izba, na gruncie stanu faktycznego niniejszej sprawy, po przeanalizowaniu występujących okoliczności uznała, iż niewłaściwe wskazanie stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny.

Przede wszystkim wymaga podkreślenia, iż cena jest nieodłącznym elementem oferty, która stanowi zgodnie z art. 66 § 1 w zw. z art. 60 kc złożone w sposób wiążący wobec drugiej strony oświadczenie woli zawarcia umowy na konkretnych warunkach. Należy

przyjąć, że cena jest zasadniczym elementem oferty. Nie ulega wątpliwości, że w postępowaniu, którego celem jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca ma niewielki wpływ na przedmiot tego postępowania – ten bowiem określa siwz, natomiast cena jest tym elementem oferty, który w zasadzie w całości jest objęty sferą dyspozytywności wykonawcy (wyjąwszy teoretyczną jedynie sytuację, gdy będziemy mieli do czynienia z ceną sztywną w rozumieniu 537 § 1 kc). Trzeba także wskazać, iż podatek od towarów i usług jest elementem ceny, zatem zastosowanie właściwej stawki podatku objęte jest sferą dyspozytywności wykonawcy. W konsekwencji należy przyjąć, że cena podlega kontroli zamawiającego tylko w takim zakresie, jaki wynika wprost z przepisów prawa.

Istotne wskazówki w odniesieniu do ceny, jej charakteru, a także znaczenia w jej ustaleniu podatku od towarów i usług na gruncie postępowania w sprawie o zamówienie publicznego dotyczącego robót budowlanych zawarte zostały w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r. (sprawa o sygn. III CZP 54/06), gdzie Sąd Najwyższy rozważał zagadnienie wpływu zmian podatku VAT na treść zobowiązania, w szczególności na obowiązek zapłaty ceny (wynagrodzenia), którego źródłem jest umowa zawarta przed zmianą stawki VAT. Uwagi poczynione przez ten Sąd zdają się nie tracić swego znaczenia w odniesieniu do charakteru stawki podatku od towarów i usług w ustaleniu ceny i cenotwórczego charakteru tego podatku. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że nie tracą na aktualności w odniesieniu do postępowania o zamówienie publiczne oraz ceny ofertowej w tym postępowaniu poglądy wyrażone w orzecznictwie, zgodnie z którymi:

- „*podatek VAT jest podatkiem „cenotwórczym” w tym sensie, że sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, był uprawniony do wliczenia do niej podatku VAT*”;
- „*(...) o wysokości ceny, jaką nabywca towaru lub usługi obowiązany był zapłacić, decydowała treść umowy ze sprzedawcą. Cena nie obejmuje podatku VAT, jeżeli umowa nie przewiduje jako elementu ceny tego podatku*”;
- „*w ramach swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.) strony mogą określić cenę, którą nabywca ma zapłacić sprzedawcy za towar lub usługę. Strony mogą się również swobodnie umówić co do tego, czy podatek VAT będzie, czy też nie będzie stanowić elementu ceny za sprzedany towar lub usługę. Rozstrzygnięcie więc, czy strona zobowiązana jest do zapłacenia, jako elementu wynagrodzenia za wykonaną usługę, kwoty odpowiadającej podatkowi VAT należnemu od tej usługi, zależy od treści umowy zawartej przez strony*”;
- „*art. 1 ust. 2 ustawy o cenach z 1982 r. umożliwił przerzucenie w umowie na nabywcę ciężaru opodatkowania podatkiem VAT nabytego przez niego towaru lub usług, jednak przepis ten nie stanowił podstawy prawnej do dochodzenia od nabywcy ceny obejmującej*

podatek VAT, jeżeli umowa zawarta przez strony nie przewidywała jako elementu ceny tego podatku”.

Podkreślił dalej Sąd Najwyższy w uchwale, iż „należy odnieść się do art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5.07.2001 r. o cenach. Zdefiniowano w nim pojęcie ceny jako „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany 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 podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym”. Z przepisu tego wynika tylko tyle, że cena, a więc świadczenie, które kupujący zobowiązany jest zapłacić sprzedawcy, obejmuje podatek VAT. Oznacza to tym samym, że sprzedawca nie będzie miał możliwości żądania dodatkowego świadczenia ponad uzgodnioną cenę, powołując się na to, że nie uwzględnia ona podatku VAT. Jeśli tak, to nie ulega wątpliwości, że przepis ten per se nie stwarza także podstawy prawnej, by w przypadku podwyższenia podatku VAT, które nastąpiło po zawarciu umowy, sprzedawca mógł żądać zapłaty odpowiednio zwiększonej ceny. Z podstawowych zasad prawa zobowiązań wynika wniosek, że zakres obowiązku dłużnika w zasadzie obejmuje to, co wynika z treści zobowiązania. Jeśli więc przy zawieraniu umowy uzgodniono cenę obejmującą VAT wg określonej stawki, to treść art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach nie stwarza uprawnienia do podniesienia ceny w razie zmiany stawki podatku VAT. Takiej podstawy prawnej nie stwarzają również przepisy ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.). Ustawa ta bowiem nie przesądza w żadnym stopniu o wysokości wynagrodzenia za dokonanie określonej czynności cywilnoprawnej. Ta kwestia objęta jest uzgodnieniem między stronami. Strony oczywiście uwzględniają zwykle wysokość podatku przy ustaleniu wysokości świadczenia, co jednak nie uzasadnia wniosku, że de iure wysokość podatku rozstrzyga o wysokości świadczenia. Występuje tu zależność odwrotna: wysokość podatku zależy od wysokości świadczenia uzgodnionego między stronami. Sama zmiana stawki podatku VAT nie jest więc samoistną podstawą do zmiany treści zobowiązania już choćby z tego względu, że po wzroście stawki VAT sprzedawcy nie muszą przerzucić zwiększonego obciążenia na nabywców. (...)”.

Przywołane rozważania Sądu Najwyższego potwierdzają, że cena, w skład której wchodzi podatek od towarów i usług (kwota tego podatku ustalona w wyniku zastosowania właściwej stawki), jest kategorią w pełni umowną, podlegająca dyspozycji wykonawcy, który składa ofertę i na rzecz którego będzie dokonywana zapłata wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. Wniosek powyższy znajduje wprost umocowanie w brzmieniu art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy, zgodnie którymi do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej oraz że do umów

w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Uwzględniając powyższe Izba stoi na stanowisku, iż wskazanie stawki podatku od towarów i usług staje się elementem oświadczenia woli wykonawcy w części dotyczącej zaoferowanej ceny i jako takie oświadczenie woli nie może być przez drugą stronę transakcji kwestionowane. Zatem określenie ceny, za jaką wykonawca oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z zawartymi w siwz wymaganiami zamawiającego, składa się na oświadczenie woli tego wykonawcy, przy czym – ze wskazanych wyżej względów - treścią tego oświadczenia objęta jest także stawka podatku od towarów i usług, bowiem tylko wykonawca może zdecydować o zastosowaniu tej lub innej stawki tego podatku. Jeżeli zatem intencja wykonawcy, co do wykonania zamówienia za podaną cenę, uwzględniającą odpowiedni wedle uznania tego wykonawcy podatek od towarów i usług, nie budzi wątpliwości, to rzeczą zamawiającego jest przyjąć tak złożone oświadczenie woli i poddać je ocenie zgodnie z jego treścią.

Zakwalifikowanie nieprawidłowej - w ocenie odwołującego - stawki podatku VAT zawartej w cenie przystępującego do błędu w obliczeniu ceny należy zatem uznać za nadmierne przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę normowania prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią, za czym przemawia treść art. 2 pkt. 13 i art. 14 ustawy. Przepisy kodeksu cywilnego nie przewidują sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano, a strony czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych.

W ocenie Izby potwierdzeniem tezy, zgodnie którą ustalenie wysokości podatku od towarów i usług wchodzącego w skład ceny leży wyłącznie w kompetencji wykonawcy, jest regulacja zawarta w przepisach prawa podatkowego.

Izba wyraża pogląd, iż obowiązek zaklasyfikowania do właściwego grupowania statystycznego, a w konsekwencji zastosowania właściwej stawki podatku od towarów i usług spoczywa na wykonawcy (podatniku – na gruncie przepisów prawa podatkowego). Podkreślić trzeba także, że to na wykonawcy (na gruncie prawa podatkowego - podatniku podatku od towarów i usług, a zarazem wystawcy faktury) ciąży obowiązek prawidłowego ustalenia stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do dokonywanej transakcji. Zgodnie bowiem z art. 103 z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.) dalej „ustawa od podatku od towarów i usług”, podatnicy oraz inne podmioty wystawiające faktury są obowiązani, bez wezwania naczelnika urzędu

skarbowego, do obliczania i wpłacania podatku za okresy miesięczne w terminie do 25. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym powstał obowiązek podatkowy, na rachunek urzędu skarbowego. Natomiast art. 106 ust. 1 przywołanej ustawy stanowi, iż podatnicy są obowiązani wystawić fakturę stwierdzającą w szczególności dokonanie sprzedaży, datę dokonania sprzedaży, cenę jednostkową bez podatku, podstawę opodatkowania, stawkę i kwotę podatku, kwotę należności oraz dane dotyczące podatnika i nabywcy. Uwzględnwszy powyższe podkreślenia wymaga, że to wykonawca składający ofertę winien w niej uwzględnić odpowiednią - jego zdaniem - stawkę podatku od towarów i usług, gdyż on to potem będzie wystawiał na rzecz zamawiającego fakturę (lub faktury) za wykonanie zamówienia. Innymi słowy przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem podatnika - wystawcy faktury (czyli wykonawcy na gruncie zamówień publicznych).

Strony oraz przystępujący w niniejszym postępowaniu prezentowały odmienne stanowiska w zakresie prawidłowości zastosowania stawki w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zdaniem zamawiającego i przystępującego w odniesieniu do części zamówienia obejmującej wyroby medyczne zastosować należy stawkę 7%, a w pozostałym zakresie – 22%, podczas gdy odwołujący twierdził, iż cały przedmiot zamówienia winien być objęty stawką 22 %.

Izba stoi na stanowisku, że zarówno zamawiający jak również Izba, nie jest organem właściwym do rozpatrywania sporów na płaszczyźnie interpretacji przepisów prawa podatkowego – to zadanie należy do kompetencji Ministra Finansów (z jego upoważnienia dyrektorów czterech izb skarbowych – wydających interpretacje indywidualne lub samodzielnie – w zakresie wydawania interpretacji ogólnych w celu zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego lub Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, o czym stanowi art. 14 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa tj. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm. – dalej „ordynacja podatkowa”) bądź – w ramach postępowania podatkowego a następnie kontroli skarbowej – naczelników urzędów skarbowych lub w ramach kontroli skarbowej – dyrektorów urzędów kontroli skarbowej. Tym samym trzeba stwierdzić, że zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do sposobu obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie był uprawniony - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy – do odrzucenia oferty, w której cena została obliczona w inny sposób, aniżeli odwołujący uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Ponadto, zgodnie z art. 103 ustawy o podatku od towarów i usług, to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczenia i wpłacenia podatku w odpowiednim terminie. Dlatego zamawiający prawidłowo oparł się w

przedmiotowej kwestii na wyliczeniach wykonawcy. W przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki podatku od towarów i usług to na podatniku – wystawcy faktury (wykonawcy) – będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz to on będzie odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie i przekazanie przed organami skarbowymi, a także poniesie ewentualną odpowiedzialność na gruncie prawa karnego skarbowego. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług w inny sposób, aniżeli poprzez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. W konsekwencji nie jest kompetencją zamawiającego weryfikowanie tej stawki w ofercie wykonawcy, tak jak zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania oświadczenia woli wykonania zamówienia za wskazaną cenę w innym zakresie, aniżeli wynikający z art. 90 Pzp. Właściwe do weryfikacji (która – co trzeba pokreślić – ma charakter następczy, będący wynikiem kontroli, względnie czynności sprawdzających) i przeprowadzania kontroli w tym zakresie są organy podatkowe i organy kontroli skarbowej, zaś wykonawca (podatnik) określa jedynie stawkę podatku, zgodnie z przytoczonym przepisem art. 103 ustawy o podatku od towarów i usług (tak też uzasadnienie wyroku KIO/UZP 987/09).

Powyższe wynika wprost z wyrażonej w Konstytucji zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji), zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, iż organy władzy publicznej nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej zawartej w odpowiednich przepisach kompetencyjnych: w analizowanym zakresie będzie to art. 2, 2a, 3 i 3 a ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2004 r. Nr 8, poz. 65, ze zm.) - dla dyrektorów urzędów kontroli skarbowej, czy art. 13, 14a Ordynacji podatkowej – dla organów podatkowych. Przepisy te, jako z natury sankcyjne i wiążące się z pewną dolegliwością na gruncie prawa podatkowego wyposażone są w szereg instrumentów gwarancyjnych zapewniających możliwość obrony w postępowaniu, a w każdym razie przewidują możliwość naprawienia wadliwej z punktu widzenia prawa podatkowego czynności poprzez możliwość korekty deklaracji w wyniku dokonanych w protokole kontroli ustaleń. Nie sposób natomiast znaleźć takiej podstawy w ustawie. Nie stanowi jej art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy.

Izba wyraża opinię, że błędne wskazanie stawki podatku od towarów i usług, jakkolwiek niewątpliwie wpływa na cenę w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) - a tak, z mocy art. 2 pkt 1, należy rozumieć pojęcie ceny na gruncie ustawy - to nie stanowi błędu w obliczeniu w ścisłym tego słowa znaczeniu. Jest ono bowiem raczej wynikiem błędu co do prawa, będącego następstwem nieznaności regulacji prawa podatkowego obowiązującego w tym zakresie.



Należy bowiem uwzględnić, że wskazanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług przy określeniu ceny oferty (tak całkowitej jak i dotyczącej odpowiedniej jej części) stanowi przyjęcie niewłaściwego 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 od towarów i usług.

Przeanalizowania w tym miejscu wymaga proces składający się na ustalenie ceny, który obejmuje:

- w pierwszej kolejności samodzielne oszacowanie przez wykonawcę elementów kalkulacyjnych ceny, jak przykładowo kosztów wykonania świadczenia (użycia odpowiednich materiałów, robocizny, wynagrodzeń pracowniczych, zakupu usług zewnętrznych), marży wykonawcy gwarantującej mu pewien zysk, a wreszcie obligatoryjnych narzutów wynikających z przepisów prawa, jak podatek od towarów i usług. Na tym etapie czynności składające się na kalkulację ceny stanowią zatem ustalenie elementów składających się na tę cenę, a nie jej obliczenie;
- dokonanie odpowiednich operacji arytmetycznych, stanowiących zsumowanie oszacowanych kosztów składających się na wykonanie świadczenia (co powinno tożsame z ustaleniem tzw. ceny netto), a następnie podstawienie ustalonej stawki procentowej podatku od towarów i usług oraz przemnożenie tych wartości. Dopiero zatem na tym etapie mamy do czynienia z obliczeniem ceny.

W świetle powyższego Izba uznała, iż utożsamianie pojęcia błędu w obliczeniu ceny z błędną stawką podatku od towarów i usług jest nieuprawnione. Błąd w obliczeniu ceny powinien odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń), a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki podatku, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzących profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie). W konsekwencji zasadnym jest wniosek, że wskazanie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Prezentowane przez Izbę stanowisko wynika także z postulatu racjonalności ustawodawcy - jeśli system prawa podatkowego oraz zamówień publicznych stanowią elementy systemu finansów publicznych (pierwszy – po stronie dochodowej tego systemu, drugi zaś – jako jego kategoria wydatkowa), to należy przyjąć, że nie zawierają one rozwiązań pozostających systemowo w sprzeczności. Jak wskazuje bowiem literatura finansów publicznych *„operacje finansowe podmiotów publicznonprawnych, polegające na gromadzeniu dochodów i dokonywaniu wydatków, wypełniają pojęcie finansów publicznych”* (Finanse publiczne i prawo finansowe, pod red. C. Kosikowskiego i E. Ruśkowskiego, Dom Wydawniczy ABC, Poznań 2006, s. 20). Jeżeli zatem – jak wykazano wyżej na podstawie wyraźnego brzmienia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, Ordynacji podatkowej – przepisy prawa podatkowego rozkładają ciężar i odpowiedzialność za prawidłowość zachowania w tym zakresie na podatnika, to należy przyjąć, że przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują tutaj rozwiązań natury niejako sankcyjnej (polegających na obowiązku odrzucenia oferty) w razie zastosowania nieprawidłowej stawki podatku.

Nie bez znaczenia dla dokonanej wyżej oceny pozostaje okoliczność, że błędne wskazanie stawki podatku od towarów i usług zawsze może być na gruncie przepisów prawa podatkowego naprawione. Istnieje bowiem możliwość korygowania wskazanej w fakturze kwoty podatku od towarów i usług - w przypadku błędów zawartych w fakturach ustawodawca przewidział możliwość ich korygowania za pomocą m.in. faktur korygujących. Zgodnie z § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2008 Nr 212, poz. 1337 ze zm.), gdy podwyższono cenę po wystawieniu faktury lub w razie stwierdzenia pomyłki w cenie, stawce lub kwocie podatku bądź w jakiejkolwiek innej pozycji faktury, wystawia się fakturę korygującą. W myśl natomiast art. 81 – 81c ordynacji podatkowej, korekcie podlegają także deklaracje podatkowe, w tym te dotyczące podatku od towarów i usług.

Jeśli zatem którakolwiek ze stron czynności prawnej na etapie wykonania umowy (wystawienia faktur) dojdzie do przekonania o zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług, może zainicjować korektę w tym zakresie, przy czym w takim wypadku zamawiający zawsze zobowiązany będzie świadczyć nie więcej aniżeli przewidziano w umowie (co wynika z przytoczonego na wstępie wyroku Sądu Najwyższego) albo nawet mniej – jeśli strony w wyniku przesądzenia stawki podatku na niższą zadecydują o zmniejszeniu świadczenia należnego wykonawcy o wskazaną różnicę (co przecież w świetle prawa cywilnego nie jest niedopuszczalne,

jako że oświadczenie woli w tym zakresie może być interpretowane, natomiast istotną wskazówką do takiej interpretacji mogłoby być zawarte w ofercie wskazanie kwoty netto za wykonanie zamówienia, jako tej, która odzwierciedla nakłady wraz z odpowiednim zyskiem). Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty kwoty wynikającej z wystawionej na jego rzecz faktury, przy czym ryzyko i odpowiedzialność na gruncie prawa podatkowego oraz karnego skarbowego spoczywa na podatniku – wystawcy faktury (wykonawcy). Interes zamawiającego zatem także i w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie dozna uszczerbku - będzie on bowiem zobowiązany do zapłaty co najwyżej kwoty wskazanej w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza. Jak bowiem wskazywano wyżej – skoro to na wykonawcy ciąży obowiązek wystawienia faktury (zatem i podania prawidłowej wysokości podatku od towarów i usług), zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania ceny w zakresie wysokości tego podatku (podobnie przykładowo vide: wyrok KIO z dnia 29 marca 2010 r. w sprawie o sygn. KIO/UZP 242/10 i KIO/UZP 260/10, wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 629/10, wyrok KIO z dnia 7 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1280/10, wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1476 /10). Zatem należy uznać, że zamawiający poprawnie dokonał porównania złożonych ofert w kwotach (brutto) jakie wykonawcy podali w złożonych ofertach, a następnie na podstawie tak przeprowadzonej oceny dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Zważywszy powyższe Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, bowiem Izba nie dopatrzyła się w ofercie przystępującego błędu w obliczeniu ceny.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 5 ust. 3 pkt 1 oraz 4 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....