

Sygn. akt: KIO 2764/11

## POSTANOWIENIE

z dnia 9 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

**Katarzyna Brzeska**

**Renata Tubisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **9 stycznia 2012 r.** bez udziału stron oraz uczestnika postępowania, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie - w dniu **23 grudnia 2011 r.** przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź,**

- przy udziale wykonawcy:

**TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

### postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa,**
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art.198a ust.1 i 198b ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego „Na dostawę wraz z instalacją tomografu komputerowego z akcesoriami dla WSS im. M. Kopernika w Łodzi” (Dz. Urz. UE 2010/S 84 - 137871 z 30.04.2011 r.), w dniu 23 grudnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez wykonawcę: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 14 grudnia 2011 r. o odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. M. Kopernika w Łodzi naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj: art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, przez zaniechanie poprawienia innej omyłki, co w rezultacie doprowadziło do odrzucenia złożonej oferty.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowną ocenę ofert - a w tym: dokonanie poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego i wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej.

W dniu 29 grudnia 2011 r. odwołujący został wezwany do usunięcia braków formalnych odwołania w zakresie wskazania okoliczności faktycznych stanowiących podstawę wniesienia środka ochrony prawnej. W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań w piśmie z 30 grudnia 2011 r. odwołujący podał, że 14 grudnia 2011 r. zamawiający powiadomił go o odrzuceniu złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz o wyniku przetargu, tj. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 tej ustawy. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający przedstawił następującą argumentację: (cyt): „W formularzu oferty w zakresie ceny i stawki Zamawiający zastrzegł: „iż traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że

właściwą stawką podatku VAT jest stawka dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT." Dodatkowo w rozdziale VIII pkt 2 ppkt f SIWZ Zamawiający w opisie sposobu obliczenia ceny umieścił zapis: Zamawiający przedmiot zamówienia traktuje jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT. Wykonawca w swojej ofercie podał dwie stawki podatku VAT tj. 8% i 23%. Aktualna linia orzecznicza KIO wskazuje, iż podanie błędnej stawki podatku VAT nie może co do zasady być traktowane jako błąd w obliczeniu ceny i stanowić o odrzuceniu takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Stanowisko powyższe jest na chwilę obecną ugruntowane, natomiast Sąd Najwyższy nie wypowiedział się jeszcze w niniejszej sprawie. Analiza orzecznictwa wskazuje na wyjątek od tego stanowiska tj. w uzasadnieniach wyroków wskazuje się, że gdy Zamawiający podał jednoznaczne wytyczne co do sposobu obliczenia ceny w zakresie stawki podatku VAT, to podanie innej stawki niż wskazana w SIWZ należy traktować jako błąd w obliczeniu ceny (...)" (koniec cyt.).

Odwołujący analizując powyższe uzasadnienie w zakresie podstaw odrzucenia jego oferty, zauważył że zamawiający nie dopełnił wszystkich obowiązków nakazanych przez ustawodawcę w przepisach Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Odwołujący podnosił, że dopiero wówczas, gdyby wykonawca nie wyraził zgody na taką poprawę, zamawiający miałby obowiązek odrzucenia oferty, ale nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 tej ustawy. W ocenie odwołującego, zamawiający nie dokonał więc wszystkich czynności na etapie badania i oceny ofert - poprzez zaniechanie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zaniechanie wezwania odwołującego do wyrażenia zgody na taką poprawę.

Dalej odwołujący wyjaśniał, że w swojej ofercie (w załączniku nr 2) w pkt 1 podał:  
Oferujemy dostawę przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rzeczowym objętym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za łączną kwotę:

Netto: 2 380 242,29 PLN (słownie: dwa miliony trzysta osiemdziesiąt tysięcy dwieście czterdzieści dwa złote 29/100),

VAT: 8 i 23 %,

Brutto: 2 573 661,67 PLN (słownie: dwa miliony pięćset siedemdziesiąt trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt jeden złotych 67/100).

Powyższa cena uwzględnia wszystkie koszty, które zostaną poniesione przez Wykonawcę w

tym koszty transportu wraz z ubezpieczeniem, instalację, uruchomienie, dopuszczenie do eksploatacji oraz przeszkolenie personelu Zamawiającego.

Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT."

W przekonaniu odwołującego, skoro zamawiający w formularzu ofertowym i w SIWZ zawarł zapis, że stawka podatku ma być jedna - odpowiednia dla wyrobów medycznych, a więc 8%, a odwołujący zawarł dwie stawki 8 i 23%, to zamawiający powinien pozycję VAT: 8 i 23% w kwestionowanej ofercie poprawić na VAT: 8%, a pozycję brutto poprawić na: 2 570 661,67 PLN oraz powiadomić odwołującego o dokonaniu takiego poprawienia omyłki.

W wyniku dokonania poprawienia innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, punkt 1 oferty odwołującego powinien mieć postać:

„Oferujemy dostawę przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rzeczowym objętym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za łączną kwotę:

Netto: 2 380 242,29 PLN (słownie: dwa miliony trzysta osiemdziesiąt tysięcy dwieście czterdzieści dwa złote 29/100),

VAT: 8%

Brutto: 2 570 661,67 PLN, (słownie: dwa miliony pięćset siedemdziesiąt tysięcy sześćset sześćdziesiąt jeden złotych 67/100)."

Powyższa cena uwzględnia wszystkie koszty, które zostaną poniesione przez Wykonawcę w tym koszty transportu wraz z ubezpieczeniem, instalację, uruchomienie, dopuszczenie do eksploatacji oraz przeszkolenie personelu Zamawiającego.

Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT.

W uzasadnieniu prawnym odwołujący wskazywał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż zamawiający bezpodstawnie odrzucił złożoną ofertę, a więc odwołujący może stracić możliwość uzyskania powyższego zamówienia - przez co ponieść znaczną szkodę. Zaznaczał, że jego legitymacja do złożenia odwołania wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: „Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia

zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej."

Ponadto odwołujący powoływał się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. w sprawie sygn. akt III CZP 52/11 dotyczącą kwestii: „Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tę stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010, Nr 113 poz. 759 z późn. zm) i jest podstawą do odrzucenia oferty?," gdzie Sąd Najwyższy wyraził następujący pogląd: „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 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010, Nr 113 poz. 759 z późn. zm.)” W uzasadnieniu której SN podkreślił, iż: „W ustawie PZP ustawodawca obciążył zamawiającego najpierw obowiązkiem oceny ofert wykonawców, której rezultat - w zależności od przejawów negatywnego wyniku tej oceny - generuje albo obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, albo obowiązek odrzucenia oferty, jeśli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub jeśli wykonawca niezwłocznie zawiadomiony o poprawieniu oferty, w terminie trzech dni od dnia doręczenia tego zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie innej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 PZP). Ten kompatybilnie ukształtowany w PZP zakres obowiązków zamawiającego ma na celu zapewnienie możliwości dokonania prawidłowej oceny merytorycznej złożonych ofert z zachowaniem wynikającej z ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ.”

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 grudnia 2011 r. do postępowania odwoławczego pismem z dnia 29 grudnia 2011 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił swoje przystąpienie wykonawca TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, tym samym podtrzymał stanowisko przedstawione w powiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania z dnia 14 grudnia 2011 r., gdyż cena najkorzystniejszej oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o. znacznie przekroczyła kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację dostawy.

Rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuściła dowód z akt postępowania odwoławczych o sygnaturze KIO 1446/11 oraz o sygnaturze akt KIO 2225/11. Ponadto dopuściła dowód z protokołu postępowania oraz pisma zamawiającego z dnia 14 grudnia 2011 r. o wyniku ponownej oceny ofert.

Izba stwierdziła, że odwołujący wniósł odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), jednakże przedmiotem zarzutów nie były postanowienia, że „Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT.” Przedmiotowe odwołanie zostało cofnięte, zatem Izba postanowieniem z dnia 19 lipca 2011 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 15 października 2011 r. odwołujący wniósł kolejne odwołanie - na wybór oferty wykonawcy: TMS Sp. z o.o. oraz na odrzucenie oferty odwołującego, o których to czynnościach wykonawcy zostali powiadomieni w dniu 5 października 2011 r.

W wymienionym wyżej odwołaniu, w zakresie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia jego oferty, odwołujący podnosił, iż zamawiający podjął tę czynność powołując się na art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, iż w formularzu oferty w zakresie ceny i stawki zastrzegł: „Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT.” Odwołujący przyznał, że w swojej ofercie zastosował dwie stawki VAT - 8% i 23%. Jednocześnie podkreślał, że w zakresie dotyczącym prac polegających na wykonaniu projektu osłon radiologicznych, nie może zostać zastosowana zasada jednorodnego (kompleksowego) świadczenia, która pozwalałaby na rozszerzenie zastosowania preferencyjnej stawki VAT (właściwej do opodatkowania dostawy wyrobu medycznego) na tego rodzaju prace projektowe. Wykonanie projektu osłon radiologicznych nie ma bowiem charakteru czynności związanej z instalacją urządzenia takiego jak tomograf komputerowy i nie może korzystać z opodatkowania według 8% stawki. Zdaniem odwołującego - postąpił więc prawidłowo, wskazując w tym zakresie w ofercie, iż zastosowanie znajdzie 23% stawka VAT. Argumentował, że nie jest zatem możliwe

odrzućcenie oferty odwołującego tylko na tej podstawie, iż zastosował on stawki VAT inne niż wskazana przez zamawiającego.

W wyroku z dnia 2 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2225/11 Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do powyższego zarzutu ustaliła, że uwzględniając zmiany do SIWZ - we wzorze formularza oferty w zakresie ceny i stawki podatku od towarów i usług zamawiający zawarł postanowienie, że traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT. Odwołujący wbrew wymienionej dyspozycji, w swojej ofercie w formularzu ofertowym podał dwie stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%. Interpretując powyższe, według ustaleń wyroku Izby sygn. akt KIO 2225/11 - ustanowienie takich reguł przez zamawiającego jako elementu sposobu obliczenia ceny oferty w SIWZ wiąże wykonawców tak jak inne jej postanowienia oraz podlega weryfikacji przez oferentów w drodze dostępnych im środków ochrony prawnej. Błąd w obliczeniu ceny oferty ma zatem miejsce wtedy, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego. Postulat równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zawarty w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od zamawiającego dokonywania czynności w postępowaniu wyłącznie według reguł wynikających z postanowień SIWZ. Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), rozstrzygając zagadnienie prawne dotyczące wykładni art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przedstawione w trybie art. 390 § 1 Kpc przez Sąd Okręgowy w Koninie, w sprawie ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 313/11), uznał że określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Analogiczne stanowisko prawne Sąd Najwyższy zajął również w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11) (...). Stanowisko Sądu Najwyższego potwierdza konieczność weryfikacji prawidłowości stawki VAT oraz dopuszczalność odrzucenia oferty, która zawiera nieprawidłową stawkę VAT jako obarczoną błędem w obliczeniu ceny. Tym samym stawka VAT objęta jest zakresem sposobu obliczenia ceny, który podlega weryfikacji przez zamawiającego. Błąd w stawce skutkuje natomiast koniecznością odrzucenia oferty, o ile nie zachodzą ustawowe przesłanki poprawienia omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający czyni zadość wymaganiom zawartym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie dopuszcza się obrazy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdy odrzuca ofertę z powodu niezgodności z wymaganiami, które zostały wprost zapisane w SIWZ, o ile nie mamy do czynienia z sytuacją ujętą w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak jest zatem przesłanek dla uznania, iż wskazanie przez zamawiającego stawki podatku VAT na potrzeby obliczenia



ceny oferty korzysta z odmiennych reguł niż pozostałe postanowienia SIWZ.” Dalej w przytaczanym wyroku Izba stwierdziła, że „odwołujący, który posiadał wiedzę, jaką stawkę VAT zamawiający przewidział, a zatem i jaką będzie egzekwował w procesie badania i oceny ofert, mógł w odpowiednim czasie na to zareagować, czego jednak nie uczynił. To, iż równocześnie toczył spór dotyczący prawidłowości uzyskanej interpretacji podatkowej, stąd ostateczne stanowisko w tej mierze nie było przesądzone, pozostaje bez znaczenia dla oceny oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu. Mógł bowiem zakładać, iż spór zakończy się dla niego niekorzystnie, a zastosowanie różnych stawek oznacza sprzeczność z ustaloną przez zamawiającego treścią SIWZ. Tym samym, rację Izba przyznała zamawiającemu, iż zarzut dotyczący nieprawidłowego określenia przez zamawiającego stawki podatku VAT należy kwalifikować jako dotyczący treści SIWZ. Obecnie kwestionowanie sposobu obliczenia ceny ustalonego w formularzu ofertowym będącym elementem SIWZ uznała Izba za spóźnione. Jeżeli odwołujący uważał, iż tak dokonany opis sposobu obliczenia ceny oferty narusza przepisy ustawy Pzp, utrudnia mu lub uniemożliwia złożenie oferty, należało w stosownym terminie wnieść odwołanie na postanowienia SIWZ. Skoro bowiem zamawiający określił sposób obliczenia ceny, żaden z wykonawców go nie kwestionował, to był zobligowany dokonać oceny ofert zgodnie z określonymi przez siebie i nie zakwestionowanymi przez wykonawców postanowieniami SIWZ w tym zakresie. Zamawiający nie jest uprawniony aby na etapie oceny ofert, odstępować od ustalonych wymagań, które są wiążące tak dla samego zamawiającego jak i dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty i ubiegają się o zamówienie. Stwierdzenie niezgodności oferty z treścią SIWZ oraz błędnego (odmiennego niż wymagany) sposobu wyliczenia ceny zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia takiej oferty, gdy nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie w treści formularza ofertowego w części dotyczącej wynagrodzenia i wskazania oczekiwanej stawki podatku VAT zamawiający jednoznacznie określił, iż musi to być stawka podatku VAT właściwa dla wyrobów medycznych. Oznacza to więc, że miała to być stawka w wysokości 8%. W przedmiotowej sprawie wykonawcy posiadali zatem wyraźne wytyczne co do wymaganej stawki podatku VAT, co zresztą nie było przez odwołującego kwestionowane (nie powoływał on braku jednoznacznych instrukcji wynikających z SIWZ co do stawki podatku VAT – ta okoliczność była bezsporna). Podobnie jednoznacznym było, iż w ramach instalacji przedmiotu zamówienia niezbędne będzie zaprojektowanie osłon radiologicznych. Kwestia stawki podatku VAT nie była przedmiotem wyjaśnień, podana stawka VAT nie była także kwestionowana w drodze środków ochrony prawnej. Wiedzę, iż przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie osłon radiologicznych odwołujący posiadał od samego początku, podobnie jak i o stawce VAT przyjętej przez zamawiającego. Oferta odwołującego była niezgodna z podanym przez zamawiającego w formularzu ofertowym (SIWZ) sposobem

obliczenia ceny, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący nie podnosił natomiast okoliczności, iż podana przez niego stawka VAT jest wynikiem omyłki, co nakazywałoby rozważenie poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, iż brak zgodności ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w SIWZ stanowi także o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w tym przypadku odrzucenie oferty musi być poprzedzone analizą, czy nie zachodzi konieczność poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione przed podjęciem przez Sąd Najwyższy uchwał, na które powoływał się zamawiający, nie zmienia to jednak okoliczności, iż Izba nie jest uprawniona do rozstrzygnięcia co do zarzutu, który nie był zawarty w treści odwołania. Na marginesie Izba zaznaczyła, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wydaje się dopuszczalne w sytuacji, gdy wykonawca, tak jak odwołujący w niniejszej sprawie, jednoznacznie wskazuje, iż stawka podatku VAT, jaką podał w ofercie, jest wynikiem jego świadomej decyzji, znajdującej wyraz w stosownym oświadczeniu woli zawartym w ofercie, a zatem nie ma charakteru omyłkowego. Odwołujący zresztą takiej argumentacji nie prezentował także na rozprawie." Tym samym Izba w przytoczonym wyżej wyroku uznała, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 2 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2225/11 Krajowa Izba Odwoławcza, z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołującego przeciwko ofercie TMS Sp. z o.o. - nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W wyniku ponownej oceny ofert, zamawiający 14 grudnia 2011 r. powiadomił odwołującego faksem o odrzuceniu złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał: (cyt): „W formularzu oferty w zakresie ceny i stawki Zamawiający zastrzegł: „Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT." Dodatkowo w rozdziale VIII pkt 2 ppkt f SIWZ Zamawiający w opisie sposobu obliczenia ceny umieścił zapis: Zamawiający przedmiot zamówienia traktuje jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT. Wykonawca w swojej ofercie podał dwie stawki podatku VAT tj. 8% i 23%. Aktualna linia orzecznicza KIO wskazuje, iż podanie błędnej stawki podatku VAT nie może co do zasady być traktowane jako błąd w obliczeniu ceny i stanowić o odrzuceniu takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Stanowisko powyższe jest na chwilę obecną ugruntowane,

natomiast Sąd Najwyższy nie wypowiedział się jeszcze w niniejszej sprawie. Analiza orzecznictwa wskazuje na wyjątek od tego stanowiska tj. w uzasadnieniach wyroków wskazuje się, że gdy Zamawiający podał jednoznaczne wytyczne co do sposobu obliczenia ceny w zakresie stawki podatku VAT - to podanie innej stawki niż wskazana w SIWZ należy traktować jako błąd w obliczeniu ceny (...)." Zamawiający przytoczył tezy z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt KIO 92/11, sygn. akt KIO 49/11. Ponadto wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy posiadali wyraźne wytyczne co do wymaganej stawki podatku VAT. Dalej zamawiający zacytował fragment uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 2225/11, „że oferta odwołującego była niezgodna z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wykonawca nie podnosił, że podana przez niego stawka podatku VAT jest wynikiem omyłki, co nakazywałoby rozważenie poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, zgodnie z sentencją niniejszego postanowienia, Izba uznała w oparciu o przeprowadzone na posiedzeniu i omówione wyżej dowody, że odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 2 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2225/11. Zatem powyższe ustalenia stanowią podstawę do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje bowiem odrzucić odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba w wyroku z dnia 2 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2225/11 jednoznacznie wypowiedziała się, iż czynność zamawiającego z dnia 5 października 2011 r. odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, podjęta została prawidłowo i znajdowała umocowanie w treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a wykonawca nie podnosił, że podana przez niego stawka podatku VAT jest wynikiem omyłki.

Z uzasadnienia wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 2225/11 oraz z dokumentacji akt postępowania wynika, że oferta wykonawcy: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. została poddana ponownej ocenie w takim samym kształcie i zawartości jaki przedstawiała w dniu dokonania pierwotnej oceny, tj. 5 października 2011 r., bez żadnych uzupełnień po tej dacie. Na nowe okoliczności również nie powoływał się odwołujący. Kwestia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ewentualnego poprawienia stawki podatku VAT w ofercie odwołującego była przedmiotem rozpatrzenia ze strony Izby, która oceniła, że nie wydaje się to dopuszczalne w sytuacji, gdy wykonawca, tak jak odwołujący, jednoznacznie wykazywał, iż stawka podatku VAT, jaką podał w ofercie, jest wynikiem jego świadomej decyzji, znajdującej wyraz w stosownym oświadczeniu woli zawartym w ofercie, a zatem nie ma

charakteru omyłkowego. Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu dokonania poprawy oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tej sytuacji, działania zamawiającego unieważnienia wyboru oferty TMS Sp. z o.o. i przeprowadzenia ponownej oceny ofert, zgodnie z treścią wyroku Izby sygn. akt KIO 2225/11 mogły i powinny się ograniczać jedynie do oceny pozostałych nieodrzuconych ofert wykonawców, tj. TMS Sp. z o.o. oraz Siemens Sp. z o.o.

Fakt, że zamawiający ponownie w dniu 14 grudnia 2011 r. przesłał zawiadomienie w zasadzie analogicznej treści jak poprzednio - o utrzymaniu w mocy czynności odrzucenia oferty odwołującego, nie przywracał odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności odrzucenia jego oferty - przed wyczerpaniem trybu sprostowania podanej w ofercie stawki podatku VAT na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Żadnej nowej okoliczności, nie stanowiło też opublikowanie uzasadnienia do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11, która potwierdziła, że nieprawidłowa stawka podatku VAT w ofercie wykonawcy, w niektórych warunkach może być kwalifikowana jako niezgodność z postanowieniami SIWZ, poddająca się poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mimo, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie prezentowało jednolitej linii, to w wymienionej kwestii zapadały również orzeczenia opowiadające się za poglądem przyjętym w przywołanej wyżej uchwale Sądu Najwyższego, np. wyrok KIO z 9 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2320/11, wyrok z dnia 20 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2638/10. Stan prawny w odniesieniu do postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz w odniesieniu do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie uległ żadnej zmianie. Natomiast nieodzownym warunkiem pozwalającym na zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest przyznanie przez wykonawcę popełnienia omyłki w określeniu stawki VAT w ofercie, czemu odwołujący w poprzednio wniesionym odwołaniu zaprzeczał.

Wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiązą zawite terminy ustawowe do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności i zaniechania zamawiającego naruszające prawo, ustalone w art. 182 ustawy Pzp. Odwołanie dotyczy zaniechania przez zamawiającego czynności poprawy stawki podatku VAT w ofercie odwołującego, czynności odrzucenia oferty, a w następstwie tego również zaniechania dokonania wyboru tej oferty do realizacji zamówienia. Zatem zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Wiadomość o podnoszonych jak wyżej zaniechaniach przez zamawiającego prawidłowego zbadania kwestionowanej oferty, w tym zbadania niezgodności występującej między stawkami podatku VAT wskazanymi w ofercie w stosunku do określonych w SIWZ,

odwołujący mógł zachowując należytą staranność, powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert po wyborze ogłoszonym przez zamawiającego w dniu 5 października 2011 r. Od wymienionej daty biegł termin na wniesienie odwołania, w którym odwołujący mógłby - przyznając jednoznacznie fakt popełnienia omyłki, skutecznie ponosić zarzuty przytaczane w niniejszym odwołaniu. Odwołujący w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie podnosił okoliczności, iż podana przez niego stawka VAT jest wynikiem omyłki, co nakazywałoby rozważenie poprawienia takiej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z omówionych wyżej względów odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jako dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Poza tym, w ocenie składu orzekającego, kolejna ocena ofert, w tym przypadku nakazana wyrokiem Izby z dnia 2 listopada 2011 r. w sprawie sygn. akt sygn. akt KIO 2225/11 oraz wykonana zgodnie z tym wyrokiem w dniu 14 grudnia 2011 r. nie przywróciła odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu poprzedniej oceny w dniu 5 października 2011 r. Nie wniesienie w terminie ustawowym środka ochrony prawnej wobec zarzucanych nieprawidłowych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą Prawo zamówień publicznych względem oceny oferty odwołującego, spowodowało wygaśnięcie przysługującego prawa.

Zdaniem Izby, zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie z dostępnych środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą Pzp środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art.182, art. 185, art. 186 ust. 4, art.189 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W przekonaniu Izby, po dniu 5 października 2011 r. nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z rozstrzygnięciem odwołania - przytaczanym wyrokiem sygn. akt KIO 2225/11, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z wymienionych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Dowody w sprawie potwierdziły, iż odwołanie zostało wniesione nie tylko na czynności wykonane zgodnie z wcześniejszym wyrokiem Izby, ale również z uchybieniem terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zatem kumulatywnie zachodziły obligatoryjne przesłanki do odrzucenia odwołania przewidziane art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 tej ustawy.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

