

Sygn. akt: KIO 1374/21

**WYROK**  
**z dnia 18 czerwca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 16 czerwca 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 roku przez wykonawcę **Palmett Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miasto Włocławek we Włocławku**

przy udziale wykonawcy **G. S.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Palmett Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Palmett Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Włocławek we Włocławku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbudowa i przebudowa parku (budowa toalet publicznych z infrastrukturą techniczną, budowa i przebudowa układu komunikacyjnego parku wraz z oświetleniem)” w ramach zadania: „Zagospodarowanie Parku im. H. Sienkiewicza od ul. Kardynała Wyszyńskiego do ul. Okrzei. Strona południowa”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 maja 2021 roku wykonawca Palmett Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wniósł odwołanie wobec wadliwego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. (dalej jako „Gardens” lub „przystępujący”), co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaakceptowanie — wobec złożonych przez wykonawcę Gardens wyjaśnień, że zastosował w złożonej ofercie stawkę VAT w wysokości 23% i 8% wobec wcześniej składanych oświadczeń — że jako jedyna i właściwa (i zarazem zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) powinna występować jednolita stawka podatku VAT w wysokości 23%;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez:
  - a) wezwanie wykonawcy Gardens do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT, pomimo tego, iż nie było podstaw do takiego wezwania, wobec jednoznacznych oświadczeń wykonawcy Gardens w sprawie KIO 478/21, zainicjowanej odwołaniem tego wykonawcy;
  - b) prowadzenie przez zamawiającego negocjacji z wykonawcą Gardens dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie odnoszącym się do zastosowanej stawki podatku VAT;

c) zaakceptowanie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy Gardens, które to wyjaśnienia stanowią niedopuszczalną zmianę treści oferty wykonawcy Gardens w stosunku do jednoznacznych oświadczeń wykonawcy Gardens w sprawie KIO 478/21, zainicjowanej odwołaniem tego wykonawcy.

3) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Gardens z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu,

a w konsekwencji:

4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 534 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm. – dalej: nPzp) odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 ustawy nPzp odwołujący wniósł o:

1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

— unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

— nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Gardens, jako oferty niezgodnej z treścią s.i.w.z., względnie wykluczenie tego wykonawcy jako wprowadzającej w błąd zamawiającego,

— nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, uprawniający do złożenia odwołania, gdyż nieuprawniony wybór oferty wykonawcy Gardens pozbawia go możliwości zawarcia umowy i następnie jej realizacji. Odwołujący w wyniku

naruszenia przez zamawiającego ustawy P.z.p. zostaje pozbawiony uzyskania zamówienia, a tym samym może ponieść z tego tytułu znaczną szkodę. Oferta Odwołującego jest ofertą — pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert — klasyfikującą się na drugiej pozycji. W ocenie odwołującego oferta Gardens powinna zostać odrzucona/wykonawca wykluczony z postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 czerwca 2021 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca G. S. („Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S.). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w dniu 20 listopada 2020 roku wszczął przedmiotowe postępowanie. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w rozdziale X s.i.w.z. wskazał, iż oferta powinna zostać sporządzona na formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z., lub napisana na komputerze w formie odpowiadającej przywołanemu powyżej drukowi. Wykonawcy byli zobowiązani w formularzu ofertowym wskazać całkowitą cenę brutto, jaką oferują za wykonanie zamówienia, oraz wskazać termin, w którym wykonają zamówienie, a także wpisać okres, na który udzielają zamawiającemu gwarancji i rękojmi na wykonane roboty budowlane. Całkowita cena brutto, termin realizacji zamówienia oraz okres gwarancji i rękojmi stanowiły kryterium oceny ofert. Zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazywania stawki VAT jaką zastosowali, w formularzu ofertowym nie było również miejsce na wskazanie jaką cenę, z jaką stawką podatku VAT wykonawcy zaoferowali na roboty budowlane, a na roboty związane z zagospodarowaniem terenów zielonych, wykonawcy wskazać mieli jedną całkowitą cenę brutto dla całego zadania.

W terminie składania ofert do zamawiającego wpłynęło 5 ofert. Zamawiający w dniu 7 grudnia 2020 r. wysłał do trzech wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. W odpowiedzi na wezwanie zamawiający od dwóch wykonawców otrzymał wyjaśnienia, z których wprost wynikało, iż zastosowali oni dwie stawki podatku VAT – 23 % na roboty budowlane oraz 8% na branżę zieleni. W dniu 15 lutego 2020 r. do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) wpłynęło odwołanie wykonawcy GARDENS Zakład Kształtowania Zieleni G. S., w którym zarzucił, iż wykonawcy nieprawidłowo zastosowali stawki VAT. W powyższym postępowaniu odwoławczym w dniu 22 marca 2021 r. został wydany wyrok KIO

489/21 , w którym Izba stwierdziła, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu nie określił stawki podatku VAT. KIO podkreśliła, iż obowiązkiem zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest weryfikacja jaką stawkę podatku VAT zastosowali wykonawcy kalkulując cenę oferty, czy jest to stawka prawidłowa. Izba w ww. wyroku nakazała zamawiającemu ponownie czynności badania i oceny ofert. W związku z powyższym zamawiający w dniu 13 kwietnia 2021 r. wystosował do wykonawców PALMETT sp. z o.o. Sp.k., oraz GARDENS Zakład Kształtowania Zieleni G. S. wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca GARDENS Zakład Kształtowania Zieleni G. S. w dniu 16 kwietnia br. w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnił, iż w złożonej przez niego ofercie, do wyliczenia całkowitej ceny brutto, zostały przez wykonawcę zastosowane stawki podatku VAT w wysokości 23% dla robót budowlanych oraz 8% dla prac związanych z zagospodarowaniem zieleni. Ponadto wykonawca podkreślił, że „podstawę wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. KIO 478/21 stanowiła wyłącznie dokumentacja przetargowa. Postępowanie odwoławcze zainicjowane przez wykonawcę miało za przedmiot oferty złożone przez innych wykonawców, które nie zostały sporządzone w sposób zgodny z wymogami s.i.w.z. oraz przepisami ustawy P.z.p., co potwierdziła KIO. Przedmiotem postępowania odwoławczego nie była oferta złożona przez wykonawcę, a zatem nie stanowiła ona przedmiotu rozważań i oceny KIO, zamawiającego oraz pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. W takiej sytuacji nie jest możliwym uznanie, że jakiegokolwiek twierdzenia wykonawcy prezentowane w toku postępowania odwoławczego należy traktować jako oświadczenia wykonawcy dotyczące złożonej przez niego oferty”.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę GARDENS Zakład Kształtowania Zieleni G. S., w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 5 maja 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego GARDENS jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

*Wskazany wyżej stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego, wezwań z dnia 13 kwietnia 2021 roku do złożenia wyjaśnień, odpowiedzi przystępującego z dnia 16 kwietnia 2021 roku, odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 478/21, protokołu posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą z dnia 16 marca 2021 roku w sprawach połączonych KIO 478/21, KIO 489/21, KIO 519/21, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 maja 2021 roku.*

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.) - dalej: n.P.z.p.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 n.P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszeń, o których mowa w odwołaniu. Odwołujący zarzucił m.in., iż oferta przystępującego jest niezgodna z s.i.w.z. oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Tego rodzaju zarzuty odnoszą się *stricte* do elementów przedmiotowo istotnych oferty, w rozpoznawanym przypadku – do jej ceny. Odwołujący jednakże zakwestionował wyłącznie jeden z elementów ceny – stawkę podatku VAT, mimo że zamawiający nie wymagał, by wykonawcy w ofertach wskazywali, jaką stawkę podatku VAT uwzględnili w zaoferowanej cenie.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 roku, poz. 178), cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą obowiązujący jest zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zgodnie z ust. 2 zdanie pierwsze, 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 lub podatkiem akcyzowym.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy mieli obowiązek wskazać w ofercie cenę brutto. Na podstawie przytoczonej wyżej definicji ceny należy zatem wywieść wniosek, że podana przez wykonawców wartość zawierała zatem podatek VAT. Obowiązek określenia właściwej stawki dla wykonywanych czynności spoczywa na przedsiębiorcy.

W związku z tym, że zamawiający nie żądał od wykonawców poinformowania, jaką stawkę podatku VAT uwzględnili w zaoferowanej cenie, zarzuty odnoszące się do tego, iż stawka podatku w cenie ofertowej przystępującego nie jest zgodna z właściwymi przepisami, podatkowymi należy uznać za nieuzasadnione. Wskazać należy, że treścią oferty *sensu stricte* jest treść oświadczenia woli wykonawcy, zawierająca m.in. warunki realizacji zamówienia. To wykonawca jest autorem tej treści, czego wyrazem jest złożony

pod ofertą jego podpis. Dokonaną przez odwołującego interpretację oświadczenia woli przystępującego poprzez przypisanie jej cech, które nie zostały uwidocznione w treści oferty, należy uznać za nieuprawnioną.

Podkreślić należy, że stawki podatku VAT, jakie zostały zastosowane przez przystępującego, zostały przez niego ujawnione dopiero w piśmie z dnia 16 kwietnia 2021 roku, będącym odpowiedzią na wezwanie wystosowane do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Tym samym za bezzasadne należy uznać stanowisko odwołującego, iż przystępujący, udzielając wyjaśnień, zmienił treść swojej oferty. Izba podziela pogląd, wyrażony chociażby w wyroku z dnia 22 sierpnia 2016 roku, sygn. akt KIO 1453/16, iż za zmianę treści oferty należy uznać wszystko to, co wykracza i wprowadza nowe elementy ponad to, co zostało objęte pierwotnym oświadczeniem wykonawcy. Z kolei z wyroku z dnia 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 992/09 wynika, iż art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy P.z.p. należy interpretować tak, iż ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne. W rozpoznawanym przypadku złożone przez przystępującego wyjaśnienia nie zmieniły jego oświadczenia woli, wyrażonego w formularzu ofertowym. Tym samym nie ma podstaw do uznania, że zmieniły one treść oferty bądź też, że należy uznać je za nieważne.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż przystępujący ujawnił zastosowane przez siebie stawki podatku VAT w treści odwołania o sygn. akt KIO 478/21 oraz w oświadczeniu złożonym na rozprawie, podczas której odwołanie to było rozpoznawane. Izba przeprowadziła dowód z treści odwołania o sygn. KIO 478/21 oraz protokołu z posiedzenia i rozprawy z dnia 16 marca 2021 roku w sprawach połączonych oznaczonych sygn. KIO 478/21, KIO 489/21, KIO 519/21 i stwierdziła, że przystępujący nie oświadczył w nich, iż w swojej cenie ofertowej uwzględnił wyłącznie stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Przystępujący twierdził, że taka stawka winna być zastosowana, niemniej jednak nie odnosił się do swojej oferty. W ocenie Izby, przekładanie twierdzeń przystępującego na jego oświadczenie woli w okolicznościach wskazanych w niniejszym postępowaniu byłoby zbyt daleko idące.

Tym samym Izba uznała za niezasadne również zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p, jako oparte na tej samej podstawie faktycznej.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....