

Sygn. akt: KIO 2210/18

**WYROK**  
**z dnia 13 listopada 2018 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 listopada 2018 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 października 2018 roku** przez **Odwołującego - FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Sędziszów z siedzibą w Sędziszowie**

przy udziale wykonawcy **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za nieudowodnione;**
- 3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Sędziszów z siedzibą w Sędziszowie, i:**
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, tytułem wpisu od odwołania,**
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Sędziszów z siedzibą w Sędziszowie na rzecz Odwołującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: sześciuset osiemnastu**

tysięcy sześciuset złotych 75/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 25 października 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie *„Instalacja systemów odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Sędziszów. Część 2. Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych”* prowadzi Zamawiający: **Gmina Sędziszów z siedzibą w Sędziszowie**. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, co doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej będącej następstwem jej niezgodnego z ustawą Pzp odrzucenia, pomimo, że oferta ta zawierała poprawne i zgodne z prawem wyliczenie ceny, pomimo wskazania w SIWZ sposobu obliczenia ceny w sposób nierzetelny i niezgodny z prawem oraz nieskorelowany z opisem przedmiotu zamówienia, co doprowadziło w konsekwencji do niemożności prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwagi na niewłaściwe ustalenie kryterium cenowego oceny oferty, a co stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w myśl art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego pomimo niewystąpienia niezgodności oferty z SIWZ,
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Odwołującego i odrzucenie jej oferty, podczas gdy:
  - a) oferta ta nie utraciła waloru porównywalności z ofertą wykonawcy Sanito, gdyż wbrew twierdzeniom Zamawiającemu opisywała w sposób jasny i rzetelny cenę całkowitą brutto, pozwalając na jej ocenę, co potwierdził sam Zamawiający w uzasadnieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej z dnia 17 października 2018 r.,
  - b) obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jest sformułowanie SIWZ sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ewentualne błędy lub nieścisłości popełnione

na dowolnym etapie postępowania nie mogą obciążać wykonawcy działającego w zaufaniu do treści SIWZ,

c) nieuprawnionym jest twierdzenie Zamawiającego o możliwości skorygowania jego błędów lub wyjaśnienia wątpliwości przez Wykonawców w ramach postępowania, określonego w art. 38 ustawy Pzp, który to przepis przewiduje fakultatywną kompetencję wykonawcy, a zaniechanie skorzystania z niego nie może prowadzić do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy,

d) nawet przy przyjęciu, że Odwołujący obliczyła cenę w inny sposób niż wykonawca Sanito, to obie oferty zawierają w zastosowanym sposobie obliczenia ceny wszelkie elementy wymagane przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie odrzucenie oferty Odwołującego jest potraktowaniem Wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji w odmienny sposób.

Odwołujący wnosił o:

I. uwzględnienie odwołania oraz:

W razie uwzględnienia zarzutu z punktu 1):

II. nakazanie unieważnienia postępowania,

W razie uwzględnienia pozostałych zarzutów:

II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Sanito,

III. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podał, że zawiadomienie o odrzuceniu oferty zostało mu doręczone pocztą elektroniczną w dniu 17 października 2018 r. Dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, został zachowany. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania przetargowego. Uczestniczył on w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca, lecz jego oferta została odrzucona. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w odniesieniu do wskazania elementów i sposobu wyliczenia ceny. Pomimo złożonych wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wybierając jednocześnie jako najkorzystniejszą drugą spośród dwóch złożonych do tej części zamówienia (Sanito Sp. z o.o.). Oferta Odwołującego jest ofertą korzystniejszą z punktu widzenia branych pod uwagę przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym, Odwołujący jako wykonawca, którego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby nie została odrzucona, posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

Co do stanu faktycznego, Odwołujący podniósł, że w dniu 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie dostaw na „*Instalację systemów odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Sędziszów*”. Zamówienie zostało podzielone na 2 części. Odnośnie II części oferty złożyli wykonawcy Odwołujący oraz Sanito Sp. z o.o.

W związku z powzięciem wątpliwości co do sposobu obliczenia i elementów ceny wskazanej w ofercie Odwołującego w stosunku do treści rozdziału XIX SIWZ Zamawiający wezwał go do wyjaśnień.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał przyczyny poszerzenia cen elementów składowych łącznej ceny ofertowej odwołując się w argumentacji wyjaśnień do postanowień SIWZ, konieczności dostosowania ceny do obowiązujących przepisów o podatku od towarów i usług. Jednocześnie sformułowany został wniosek, że rozdzielenie w cenach „częstkowych” ceny dokumentacji projektowej i ceny instalacji nie doprowadziło do utraty porównywalności oferty z uwagi na fakt, że zgodnie z SIWZ dla porównania i oceny ofert Zamawiający przyjmie całkowitą cenę brutto dla danej części zamówienia, jaką poniesie na realizację przedmiotu zamówienia.

Mimo złożonych wyjaśnień oferta Odwołującego została odrzucona z powodu uznania przez Zamawiającego, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zawiera błędy w obliczeniu ceny. W rezultacie oferta Sanito (drugiego z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty odnośnie II części) została wybrana jako najkorzystniejsza.

W ramach uzasadnienia prawnego odwołania Odwołujący zaznaczył, że w punkcie XIX SIWZ - OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY Zamawiający wskazał, że *Wykonawca składający ofertę wyliczając ceny ofertowe (oddzielnie dla każdej z części zamówienia, na którą składa ofertę) uwzględni wszelkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, wynikające m.in. z opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 8a i 8b do SIWZ, zapisów SIWZ oraz wzorów umów.*

Zgodnie z wzorem umowy (załącznik 7b do SIWZ) § 2 punkt 2.1. oraz opisem przedmiotu zamówienia (załącznik 8b) Wykonawca zobowiązany jest wykonać dokumentację projektową do wypełnienia założeń Zamawiającego i wykonania zadania zgodnie ze Specyfikacją. Sama SIWZ przewiduje w punkcie 1.6., że *„Zakres przedmiotowego zamówienia dla części nr 1 i części nr 2 6.1. Opracowanie dokumentacji technicznej dla montażu i uruchomienia instalacji fotowoltaicznych/kolektorów słonecznych dla budynków mieszkalnych. Dokumentacja projektowa musi odzwierciedlać założenia wskaźników projektu.”*

Formularz ofertowy przedstawiony przez Zamawiającego nie zawierał możliwości dopisania ceny obligatoryjnej do opracowania dokumentacji technicznej.

W formularzu ofertowym Wykonawca wskazał w rozdziale C - OFEROWANY PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA w pkt 1. Część nr 1 - zamówienia cenę całkowitą ofertową za wykonanie części nr 1 zamówienia - „Instalacja systemów odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Sędziszów - dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych” (3.445.610,00 złotych netto) - jako sumę ceny ofertowej za instalację fotowoltaiczną (3.413.410,00 złotych netto), ceny ofertowej materiałów promocyjno - informacyjnych (30.000,00 złotych netto) oraz ceny ofertowej dokumentacji projektowej (2.200,00 złotych netto).

W formularzu ofertowym Wykonawca wskazał w rozdziale C - OFEROWANY PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA w pkt 1. Część nr 2 zamówienia cenę całkowitą ofertową za wykonanie części nr 1 zamówienia - „Instalacja systemów odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Sędziszów - dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych” (1.301.850,00 złotych netto) - jako sumę ceny ofertowej za kolektory (1.270.500,00 złotych netto), ceny ofertowej materiałów promocyjno - informacyjnych (30.000,00 złotych netto) oraz ceny ofertowej dokumentacji projektowej (1.350,00 złotych netto).

W ocenie Wykonawcy jedynie takie sformułowanie oferty, jakie zaproponował mogło spowodować wypełnienie założeń SIWZ przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia i opisie sposobu obliczenia ceny.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający przygotowuje opis przedmiotu zamówienia i precyzuje sposób obliczenia ceny. Elementy te powinny być skonstruowane tak, aby ze sobą korespondować, inne podejście doprowadzić może do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i niezachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność na gruncie ustawy Pzp za prawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, jak i za wskazanie sposobu obliczenia ceny, tak wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1869/17. Natomiast art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje art. 146 ust 6 ustawy Pzp, który upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) winna, zgodnie z art. 36 ustawy Pzp, zawierać zarówno opis przedmiotu zamówienia jak i opis sposobu obliczenia ceny. Sposób obliczenia ceny określony w SIWZ musi być jasny i rzetelny oraz w swym założeniu skorelowany z opisem przedmiotu zamówienia. Brak staranności ze strony zamawiającego w konstruowaniu treści SIWZ nie może stanowić uzasadnienia dla odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż to wykonawca byłby obciążony konsekwencjami wynikającymi z błędów zamawiającego; zaś sam zamawiający nie ponosiłby żadnych konsekwencji z tytułu błędów popełnionych w dokumentacji postępowania. Zamawiający winien dochować należytej staranności sporządzając oba dokumenty tj. ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ, przede wszystkim dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu zabieg polegający na wskazaniu przez Zamawiającego elementów przedmiotu zamówienia, stanowiących jego obligatoryjny element i niewzięcie ich pod uwagę w sposobie obliczania ceny jest błędny, szczególnie z punktu widzenia, że niemożliwym jest zakwalifikowanie ceny dokumentacji projektowej jako składowej części instalacji, ze względu na fakt, że jej wykonanie - zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi podatku od towarów i usług - podlega 23 % stawce podatku VAT, podczas gdy sam Zamawiający w punkcie XIX.5 SIWZ wskazał różnorodność stawki 8% i 23%, w zależności od związania instalacji z budynkiem mieszkalnym.

Dla uwzględnienia ceny dokumentacji projektowej w cenie jednostkowej instalacji należałoby zakwalifikować świadczenie polegające na sporządzeniu tej dokumentacji jako nierozzerwalne z dostawą i montażem instalacji, co umożliwiłoby zastosowanie preferencyjnej stawki VAT, gdy instalacja związana jest z budynkiem mieszkalnym i podlega stawce 8 %. Charakter czynności innych niż dostawa i montaż instalacji, które stanowią przedmiot zamówienia nie pozwala na obiektywne uznanie tych czynności za nierozzerwalnie związane z głównym przedmiotem zamówienia. Za powyższym stanowiskiem przemawiają linie orzecznicze Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którymi: *„Możliwość stosowania obniżonej stawki VAT oznacza, że w przypadku transakcji obejmującej wiele elementów konieczne jest ustalenie, czy transakcję taką należy uważać za jedno świadczenie, podlegające jednemu traktowaniu podatkowemu, czy też za dwa lub więcej odrębnych świadczeń, które mogą być traktowane odmiennie.”* (K. Różycki, Zasady ustalania podstawy Opodatkowania usług kompleksowych, EI./Lex; Wyroki o sygn. akt TSUE C-464/12, C-366/12, C-155/12, C-224/11, C-532/11, C-497/09, C-499/09, C-501/Q9 C-502/09 i inne, NSA o sygn. akt I FSK 232/08, i FSK 708/07).

Zgodnie ze stanowiskiem judykatury, świadczenie jednolite, które można objąć by jedną preferencyjną stawką VAT występowałoby w przypadku, gdy czynności dokonane

przez podatnika - wykonawcę byłyby sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielanie nie miałyby żadnego ekonomicznego uzasadnienia. Można natomiast wyobrazić sobie, że Zamawiający rozpisuje oddzielne postępowanie na wykonanie dokumentacji i oddzielne na wykonanie instalacji objętej uprzednio wykonanym projektem. Należy zatem zauważyć, iż zastosowanie stawki 23% w stosunku do wykonania dokumentacji technicznej także dla instalacji objętych stawką 8%, jest wynikiem zastosowania się przez Odwołującą się do obowiązujących przepisów prawa, które uniemożliwiają zastosowanie stawki 8% podatku VAT wobec braku podstaw do zastosowania innej stawki niż podstawowa.

Obarczenie przez Zamawiającego - w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty - negatywnymi konsekwencjami nieuwzględnienia elementu przedmiotu zamówienia w opisie sposobu obliczania ceny jest nieuprawnione i narusza zasadę równości wykonawców i uczciwej konkurencji. *„Zdaniem Zamawiającego koszty opracowania dokumentacji projektowej Wykonawcy winni w kalkulować w ofertowane stawki kosztorysu - jak też uczynili to inni Wykonawcy”*. Taka argumentacja jest błędna z założenia, doprowadza bowiem do sytuacji, w której Zamawiający, który jako kryterium porównywalności przyjął cenę ofertową łączną brutto, zezwala i wymaga od Wykonawców, wskazywania w ofercie stawek nieodpowiadających wykonaniu dokumentacji projektowej, a co za tym idzie doprowadza do sytuacji, w której do takiej samej usługi „wykonania dokumentacji technicznej” zastosowane będą różne stawki VAT. Przyjmując do porównania cenę brutto Zamawiający wyłącza tym samym możliwość uwzględnienia stawki prawidłowej (23%) dla instalacji objętych stawką 8%.

Błędny jest także twierdzenie, że Wykonawca miał możliwość zadawania pytań na etapie przygotowania oferty. Art. 38 ustawy Pzp przewiduje bowiem fakultatywną możliwość zwrócenia się o wyjaśnienie treści SIWZ, podczas gdy art. 36 ustawy Pzp ma charakter bezwzględny i wymusza na Zamawiającym, jako gospodarzu postępowania antycypowanie nie tylko kwestii o charakterze technicznym, ale także skutków prawnych i podatkowych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego, nawet przy uznaniu za uzasadnione zarzutów Zamawiającego wobec oferty, jako kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął całkowitą cenę brutto dla danej części zamówienia, jaką poniesie na realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący taką cenę wskazał, wyjaśniając obszernie czym się kierował ustalając jej wysokość. Co więcej, Zamawiający nie widział żadnych przeciwwskazań do obliczenia, że oferta Wykonawcy jest cenowo najkorzystniejsza, zarówno odejmując pozycję C.2.3) formularza, jak również uwzględniając ją w ocenie oferty - co nota bene świadczy o tym, że oferta i ujawnione w niej cenowe kryterium oceny w postaci całkowitej ceny brutto - było na



tylko jasne i czytelne, że nie wymagało podejmowania żadnych dodatkowych działań ze strony gospodarza postępowania..

Zamawiający powołał się nadto na rzekome naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania pozostałych wykonawców. Działanie Wykonawcy nie miało na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub obejścia postanowień SIWZ ani stworzenia bardziej preferencyjnych warunków złożenia oferty wobec ofert konkurujących. Wręcz przeciwnie - z punktu widzenia rachunku ekonomicznego - wyodrębnienie dokumentacji projektowej, w całości w stawce 23 % bez możliwości zastosowania preferencyjnej stawki VAT jest dla Odwołującego mniej opłacalne, niż gdyby cena ta została podzielona w opozycji do wyżej przywołanej linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Cena dokumentacji powykonawczej jest w całości uwzględniona, zarówno w wyliczeniu netto, jak i brutto, ceny ofertowej całkowitej i w żaden sposób - uwzględnienie oferty jako prawidłowej - nie narusza zasady równego traktowania wykonawców. Sugerowane w uzasadnieniu odrzucenia *„wliczenia ceny opracowania dokumentacji technicznej do ceny instalacji”* przynosi dokładnie ten sam efekt, co wyodrębnienie dokumentacji wykonawczej w ramach elementów ceny, a następnie uwzględnienie jej w cenie całkowitej, stanowiącej kryterium oceny. W ocenie Odwołującego nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec Wykonawcy czyniącemu zadość powszechnie obowiązującym przepisom prawa, których pod uwagę nie wziął Zamawiający przy sporządzeniu SIWZ.

Powyższe okoliczności prowadzą do konstatacji, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, co uzasadnia stwierdzenia, iż winien on ponownie przeprowadzić badanie i ocenę złożonych ofert, biorąc pod uwagę przede wszystkim fakt, iż oferta Odwołującego jest ofertą korzystniejszą w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Wobec braku sporządzenia SIWZ w sposób, w którym opis przedmiotu zamówienia nie koreluje z opisem sposobu liczenia ceny, czego konsekwencją jest brak możliwości ustalenia kryterium cenowego oceny oferty, w postępowaniu występować może niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w myśl art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. Rozpoznając odwołanie Izba winna rozważyć możliwość nakazania unieważnienia postępowania.

Niezależnie od powyższych argumentów, podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 20 września 2018 r. zamierzał przeznaczyć na II część zamówienia 1.394.188,79 złotych, a więc mniej niż ceny zaproponowane przez Wykonawców w obu ofertach. Utrzymanie wyboru oferty mniej korzystnej z naruszeniem przepisów postępowania oraz z naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów o podatku od towarów i usług może prowadzić do naruszenia dyscypliny finansów publicznych

przez Zamawiającego - np. w przypadku skorygowania preferencyjnej stawki VAT do stawki prawidłowej.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego ma taki wpływ na wynik, że nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (którego cena oferty była najniższa) możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła prawidłowość i skuteczność złożonego przystąpienia i dopuściła zgłaszającego Wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. W zakresie argumentacji faktycznej i prawnej podjętej decyzji

o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający powtórzył stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku postępowania.

**Izba ustaliła, że:**

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przywołał zapisy SIWZ oraz innych dokumentów z postępowania, których treść ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

W dniu 24 września 2018 roku Zamawiający wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wprowadzenia zmiany do formularza ofertowego polegającej na dopisaniu w Rozdziale C Oferowany przedmiot zamówienia w pkt 1 Część nr 1 zamówienia podpunktu 2) dotyczącego „cena ofertowa dokumentacji projektowej wynosi .....brutto oraz w pkt. 2 części nr 2 zamówienia podpunktu 3) dotyczącego „cena ofertowa dokumentacji projektowej wynosi..... brutto”, a w konsekwencji wskazanie jako ceny ofertowej sumy punktów 1, 2, 3, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z Opisem sposobu obliczenia ceny w Rozdziale XIX na sumę ofertową składać miały się:

- 1) suma iloczynów cen jednostkowych dla danej instalacji i określonej przez Zamawiającego liczby danego typu instalacji (oddzielnie dla każdej części zamówienia)
- 2) cena materiałów promocyjno-informacyjnych (oddzielnie dla każdej części zamówienia).

Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których podniósł, że przy obliczaniu ceny ofertowej brutto wziął pod uwagę zapisy SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, w tym postanowienia wzoru umowy, z których wynika, że wykonawca zobowiązany jest wykonać dokumentację projektową. Wobec powyższego koniecznym było w obliczeniu ceny ofertowej brutto tę czynność. Nie było także możliwe zakwalifikowanie kosztów wykonania dokumentacji technicznej jako składowej części instalacji, ze względu że wykonanie dokumentacji, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego – podatku od towarów i usług – podlega stawce 23%, podczas gdy sam Zamawiający w SIWZ zaznaczył różnorodność stawek 8 i 23% dla instalacji. Odwołujący wyszedł z założenia, że czynności sporządzenia dokumentacji technicznej nie można uznać za nierozzerwalnie związaną z dostawą i montażem instalacji. Charakter czynności innych niż dostawa i montaż instalacji kolektorów nie pozwala na obiektywne uznanie tych czynności za nierozzerwalnie związane z głównym przedmiotem świadczenia. Wykonawca przytoczył stanowisko TSUE, NSA oraz KIO. Zatem koniecznym w ocenie Wykonawcy stało się wyodrębnienie w formularzu ofertowym ceny za dokumentację techniczną.

Jednocześnie zauważono, że nawet pomimo takiego wyodrębnienia możliwe jest porównanie i ocena w ramach ustalonych kryteriów oferty z pozostałymi, ponieważ w SIWZ

Zamawiający oznaczył, że porównywał będzie cenę oferty brutto dla danej części zamówienia. Działania Wykonawcy nie miały na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Z ekonomicznego punktu widzenia, nawet przy zastosowaniu stawki podstawowej dla czynności wykonania dokumentacji projektowej, cena brutto oferty Wykonawcy jest korzystniejsza niż cen drugiej z ofert, gdzie zastosowano stawkę preferencyjną 8%.

Zamawiający nie przyjął wyjaśnień Wykonawcy i w informacji o wyniku postępowania wskazał, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Ceną ofertową zgodnie z Rozdziałem XIX pkt 4. SIWZ jest sumą iloczynów cen jednostkowych dla danej instalacji i określonej przez Zamawiającego liczby danego typu instalacji (oddzielnie dla każdej części zamówienia) i ceny materiałów promocyjno — informacyjnych (oddzielnie dla każdej części zamówienia).

W formularzu ofertowym oferta złożona przez firmę Odwołującego odbiega od wymogów Zamawiającego. Wykonawca wprowadził do formularza element cenotwórczy i dopisał dodatkową pozycję w części C.2. tj. pkt 3), który został przezeń określony jako „cena ofertowa dokumentacji projektowej”, a ostateczna cena ofertowa za wykonanie części nr 2 zamówienia została przez Wykonawcę określona jako suma kwot wskazanych w C.2.1) + C.2.2) + C.2.3).

W ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia i odmiennym od wymogów stawianych przez Zamawiającego w SIWZ sposobem jej szacowania. Nie ulega wątpliwości, że zakresem zamówienia dla części 2 objęte jest również wykonanie dokumentacji technicznej (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w pkt I SIWZ, załącznikach nr 7b i 8b do SIWZ), jednak wbrew stanowisku Wykonawcy ten element nie podlega odrębnie oszacowaniu przy obliczaniu ceny ofertowej. Wykonawcy wyliczając ceny ofertowe zobowiązani są uwzględnić wszelkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia wynikające m. in. z opisu przedmiotu zamówienia, a więc również koszty dokumentacji technicznej. Samo wykonanie dokumentacji technicznej nie jest odrębną pozycją kosztorysową. Zdaniem Zamawiającego koszty opracowania dokumentacji projektowej Wykonawcy winni „wkalkulować” w oferowane stawki kosztorysu — jak też uczynili to inni Wykonawcy. Odwołujący - jeśli powziął wątpliwości co do tak sformułowanych zapisów SIWZ miał możliwość zadawania pytań na etapie przygotowania oferty, jednak z takiej sposobności nie skorzystał. Dokonane na etapie składania ofert przez Wykonawcę zmiany w sposobie obliczenia ceny ofertowej w ocenie Zamawiającego skutkują błędem w obliczeniu ceny, której sposób szacowania przecież Zamawiający jednoznacznie określił.

Dla poparcia prezentowanego stanowiska Zamawiający wskazał wyrok KIO z dn. 28.03.2018 r., sygn. akt KIO 485/18, gdzie podano, że „*Błędem w obliczeniu ceny jest*

każdy inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. O błędzie w obliczeniu ceny można mówić, jeżeli cena oferty jest obliczona w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi (jak np. zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT) lub ze sposobem obliczenia ceny określonym przez zamawiającego w SIWZ” oraz wyrok KIO z dn. 16.05.2013 r., sygn. akt KIO 990/13. Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, jednak takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Obowiązek żądania wyjaśnień ma miejsce tylko wtedy, gdy treść oferty budzi wątpliwości, jak również zawiera sprzeczne i niejasne sformułowania.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołując zapis art. 91 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wskazał, że wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Obowiązkiem Wykonawcy przystępującego do postępowania jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ, a odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ i tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i szacowania ceny jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Złożona oferta musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. W SIWZ muszą się znaleźć wszystkie elementy, dzięki którym Wykonawcy chcący złożyć ofertę będą dokładnie wiedzieć, czego Zamawiający wymaga w ofercie, a w szczególności jak należy obliczyć cenę ofertową. Odmienne od oczekiwanego przez Zamawiającego i wskazanego w SIWZ skalkulowanie ceny przez Wykonawcę jest błędne i skutkować musi odrzuceniem takiej oferty.

Sam fakt, że oferta Wykonawcy jest cenowo najkorzystniejsza, odejmując pozycję C.2.3) od ceny ofertowej jak również nawet wtedy gdy doliczymy do pozycji objętych C.2.1) i C.2.2) pozycję C.2.3) nie wyłącza obowiązku Zamawiającego w zakresie badania i oceny tej oferty pod kątem przesłanek do jej odrzucenia, które w ocenie Zamawiającego wystąpiły.

Odstąpienie od oceny w tym zakresie byłoby sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania pozostałych wykonawców.

Marginalnie Zamawiający wskazał również, że sam Wykonawca w pisemnych wyjaśnieniach nie wyraził woli dostosowania treści złożonej oferty do wymagań SIWZ — formularza ofertowego, lecz wskazywał na błędy w obliczaniu ceny przez konkurentów, którzy zastosowali się do brzmienia formularza.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp ofertę złożoną przez Odwołującego Zamawiający uznał za odrzuconą.

**Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp, tj. nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ i zawierającej błąd w obliczeniu ceny.**

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczone są w SIWZ (tak wyrok Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ {tak m.in.

wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)} – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Konieczność odrzucenia takiej oferty zachodzi także w przypadku, kiedy niemożliwe staje się zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie zaś z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Za błąd w obliczeniu ceny orzecznictwo i doktryna uznaje zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku, przy czym przyjęcie przez wykonawcę w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT może skutkować dwojako, w zależności od sposobu sformułowania SIWZ w konkretnym postępowaniu. Jeżeli zamawiający wskazał stawkę podatku VAT w SIWZ, którą należy zastosować do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie zastosował tej stawki w ofercie, to należy uznać że oferta zawiera niezgodność z SIWZ, która może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jeśli natomiast zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, którą należało przyjąć do obliczenia ceny oferty, to błędne zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT skutkuje odrzuceniem oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż tak rozumiana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie zaistniała

w ofercie Odwołującego w zakresie sposobu obliczenia ceny, co oznacza, że Zamawiający nie był uprawniony by tę ofertę odrzucić.

Niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający sprowadzał do faktu wprowadzenia w formularzu ofertowym dodatkowego elementu cenotwórczego i dopisania dodatkowej pozycji w części C.2. tj. pkt 3), który został przez Odwołującego określony jako „cena ofertowa dokumentacji projektowej”. Dostrzeżenia wymaga, że niezgodność o takim charakterze rozpatrywać można jedynie jako niezgodność z wymogami formalnymi SIWZ, nie zaś merytoryczną treścią SIWZ, która powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty Wykonawcy.

Bez wątplenia na przedmiot zamówienia składało się opracowanie dokumentacji technicznej dla montażu i uruchomienia instalacji fotowoltaicznych/kolektorów słonecznych dla budynków mieszkalnych. Dokumentacja projektowa miała odzwierciedlać założenia wskaźników projektu. Przed sporządzeniem dokumentacji Wykonawca (Zamawiający udostępni Wykonawcy, projekty koncepcyjne wykonane u mieszkańców z zaplanowanym typem instalacji) miał: 6.2.1. przeprowadzić wizję nieruchomości, 6.2.2. ocenić uwarunkowania techniczne dla każdej lokalizacji instalacji fotowoltaicznych/kolektorów słonecznych, 6.2.3. przedłożyć Zamawiającemu do akceptacji zaproponowane rozwiązania techniczne wraz z minimalnymi parametrami eksploatacyjnymi, 6.2.4. ustalić lokalizację instalacji fotowoltaicznych/kolektorów słonecznych wraz z miejscem włączenia do wewnętrznych instalacji elektrycznej i wodnej budynku, 6.2.5. uzyskać akceptację właściciela nieruchomości w zakresie lokalizacji montażu przedmiotowych instalacji, 6.2.6. pozyskać szczegółowe informacje od właściciela nieruchomości niezbędne do prawidłowego zaprojektowania dokumentacji. W ramach zamówienia Wykonawca był zobowiązany uzyskać w imieniu Zamawiającego (jeżeli będą konieczne) wszystkie niezbędne decyzje, uzgodnienia, zezwolenia, opinie służące prawidłowemu sporządzeniu dokumentacji. Należało również wykonać dokumentację fotograficzną w wersji elektronicznej na nośniku elektronicznym pendrive, dla każdego adresu folder fotografii musi zawierać rzut na panele, instalację wewnętrzną (grupa pompowa, zbiornik, inwerter z widocznymi plakietkami). Zatem etap wykonania dokumentacji był odrębnym, wydzielonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, istotnym dla Zamawiającego elementem wykonania zadania inwestycyjnego. Zamawiający określił także w SIWZ oraz formularzu ofertowym, że do zamówienia zastosowanie znajdują dwie stawki podatkowe: 8% i 23%.

Dlatego też wyodrębnienie w formularzu ofertowym Odwołującego dodatkowego punktu, gdzie umieszczono cenę za wykonanie dokumentacji projektowej stosując do tej czynności stawkę 23%, w przypadku budynków, gdzie sam montaż urządzeń objęty jest stawką obniżoną, nie można uznać za niezgodność merytoryczną z treścią SIWZ, która skutkować musi odrzuceniem oferty takiego wykonawcy.



Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że ofertę sporządzono niezgodnie z wymaganiami SIWZ, w tym z zamieszczonym w dokumencie sposobem obliczenia ceny. Z rozdziału XIX SIWZ wynika, że wykonawcy mieli ująć w cenie oferty wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia wynikające m. in. z opisu przedmiotu zamówienia. Takie koszty w ofercie Odwołującego zostały ujęte, natomiast jedynie sam sposób ich prezentacji odbiegał od wymaganego przez Zamawiającego (w odniesieniu do konstrukcji formularza ofertowego). Przy czym podkreślenia wymaga, że sam Zamawiający nie kwestionował zastosowanej przez Odwołującego stawki podatkowej 23% do dokumentacji projektowej, a błędu w obliczeniu ceny upatrywał w formie przedstawienia informacji co do ceny ofertowej brutto. W żadnym miejscu dokumentu *Informacja o wyniku postępowania* Zamawiający nie odnosił się do aspektu zastosowania niewłaściwej stawki podatku przez Odwołującego dla czynności wykonania dokumentacji projektowej. Co więcej, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, a ten szczegółowo przedstawił motywację wyodrębnienia dodatkowej pozycji formularza oraz podstawy zastosowania stawki 23%. Do wyjaśnień tych Zamawiający w żaden sposób się nie odniósł, ani w *Informacji o wyniku postępowania*, ani w odpowiedzi na odwołanie, czy też na samej rozprawie. Zamawiający skupił się właśnie na typowo formalnej perspektywie formularza cenowego, bez odniesienia do jego merytorycznej zawartości. Zamawiający szeroko argumentował, że „*Samo wykonanie dokumentacji technicznej nie jest odrębną pozycją kosztorysową*” i czynność ta powinna być ujęta w innych pozycjach formularza. W ocenie składu Izby wyspecyfikowanie kosztów pewnego zakresu prac w formularzu ofertowym nie podważa merytorycznej zawartości oferty danego wykonawcy. Nie ma różnicy w ujęciu tych kosztów w innych pozycjach a wyodrębnieniu ich jako odrębny punkt formularza ofertowego, jeżeli inne elementy takiego wyliczenia (właśnie wspomniana stawka podatku VAT) nie są kwestionowane.

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący dokonał wyceny niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia elementów, w tym wykonania dokumentacji projektowej, i przedstawił je w formularzu ofertowym. Słusznie podkreślano w odwołaniu, że podstawę do porównania i wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiła będzie cena ofertowa brutto. Wartość ta została podana w ofercie Odwołującego, jedynie z tym zastrzeżeniem, że została rozbita na więcej elementów niż zakładał Zamawiający. Takie przedstawienie wyliczenia wartości brutto oferty nie stanowi jednak błędu w obliczeniu ceny i niezgodności z treścią SIWZ. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 24 maja 2017 roku (sygn. akt KIO 954/17), że bez wpływu na ocenę pozostaje fakt, że czy Zamawiający wskazał stawki podatku VAT dla określonych elementów zamówienia. Jak zauważyła Izba „(...) *Po pierwsze, jest to obowiązkiem podatnika, po drugie, to nie Zamawiający decyduje o wysokości stawki podatku i sposobie opodatkowania, ale wynika to z bezwzględnie obowiązujących przepisów*

***prawa. Tym samym sposób ukształtowania przez Zamawiającego formularza ofertowego nie wpływa na możliwości i obowiązek zastosowania właściwych przepisów prawa podatkowego.”***

Niezależnie od tego, Izba przeprowadzi rozważania, czy zastosowanie 23% stawki podatku VAT dla wykonania dokumentacji projektowej jest prawidłowe, z uwagi na przywołanie przez Zamawiającego w *Informacji o wyniki postępowania* art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i szeroko argumentowanej przez Przystępującego kompleksowości świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, zdaniem Przystępującego uzasadniało zastosowanie stawki obniżonej do całości świadczeń związanych z budynkami mieszkalnymi (także dla kosztów sporządzenia dokumentacji projektowej) i potwierdzało prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), zgodnie z art. 2 ust. 1 szóstej dyrektywy VAT (77/388) co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania VAT powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Trybunał stwierdził w wyroku z dnia 27 października 2005 r. (sprawa C-41/04 Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV przeciwko Staatssecretaris van Financien), że: *„artykuł 2 ust. 1 szóstej dyrektywy Rady nr 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednoliczona podstawa wymiaru podatku należy interpretować w ten sposób, że jeżeli dwa lub więcej świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej.”* Podobne stanowisko zajął TSUE w wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise.

Przy rozstrzygnięciu wzięto pod uwagę również to, że w świetle art. 2(1) VI Dyrektywy i przywołanych orzeczeń TSUE, za zasadę uznaje się, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne. W myśl przywołanego przepisu prawa unijnego i orzecznictwa TSUE konstrukcja tzw. „świadczeń kompleksowych” traktowana jest zaś jako wyjątek od tej zasady. Wyjątek ten zaś znajduje zastosowanie w razie wykazania, że istnieje ścisły nierozzerwalny związek świadczeń pomocniczych z dominującym świadczeniem głównym.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że analiza całości opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia prowadziła do wniosku, że nie występuje w nim świadczenie główne, któremu można byłoby przypisać status świadczenia dominującego względem świadczeń pomocniczych. W ocenie Izby mogą mieć charakter

samoistny zarówno prace projektowe, jak i prace związane z montażem urządzeń, natomiast wartość kwotowa tych prac dla oceny kompleksowości świadczenia pozostaje bez wpływu. Każde z tych świadczeń może być wykonywane odrębnie, niezależnie od siebie, bez utraty swojego celu gospodarczego. Zatem świadczenia składające się na opis zamówienia nie powinny być traktowane jako świadczenie kompleksowe. Aby uznać kompleksowość świadczenia, między elementami zamówienia musiałby istnieć nierozzerwalny związek, który warunkowałby tylko wspólne wykonanie tych elementów. Takiego zaś związku Izbie nie wykazano i nie przedstawiono. Winna wobec tego znaleźć zastosowanie reguła podstawowa, zgodnie z którą każde świadczenie opodatkowane jest odrębnie, według stawek wynikających z przepisów prawa. Jak wynika z interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej w Katowicach z dnia 19 grudnia 2017 r. (0112-KDIL1-1.4012.397.2017.2.MW) *„Nie ma znaczenia subiektywny punkt widzenia dostawcy lub odbiorcy świadczenia. Istnienie jednego świadczenia złożonego nie wyklucza zastosowania do poszczególnych jego elementów odrębnych cen. Jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania przepisów ustawy. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu czynności kompleksowej”*. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 21 maja 2018 roku (sygn. akt KIO 880/18), odnośnie do zagadnienia kompleksowości świadczenia oraz stawki podatku VAT właściwej dla wykonania dokumentacji projektowej w zamówieniu o charakterze tożsamym jak w przedmiotowym postępowaniu.

Znane jest Izbie stanowisko organów podatkowych prezentowane przez Przystępującego, mianowicie, że w zamówieniach o zbliżonym charakterze możliwe jest zastosowanie stawki obniżonej w wysokości 8% dla czynności sporządzenia dokumentacji projektowej. Z uwagi na powyższe i brak przedstawienia Izbie interpretacji indywidualnej wydanej na rzecz którejkolwiek ze Stron sporu, a także z uwagi na brak jednoznacznego wyrażenia w zapisach SIWZ intencji Zamawiającego co do kompleksowego charakteru świadczenia, Izba uznała, że każdy z Wykonawców wycenił własną ofertę z zachowaniem należytej staranności i uwzględnieniem stanu posiadanej wiedzy, więc sytuacji tych nie można zakwalifikować jako błędu w obliczeniu ceny. Także Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego nie identyfikował okoliczności zastosowania określonej stawki podatku z błędem w obliczeniu ceny. Zdaniem Izby Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty ze wskazaniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp był zobowiązany poddać

analizie także prawidłowość zastosowanych przez wykonawców stawek, nie skupiając się wyłącznie na aspekcie obliczenia ceny zgodnie ze wzorem formularza ofertowego.

Konkludując, Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, co prowadziło także do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp, w zakresie naruszenia zasad prowadzenia postępowania. Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

Jednocześnie Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów odwołania, które zmierzały do unieważnienia postępowania, czy też uznania za nieważną przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak zauważył w odwołaniu sam Odwołujący, ocena ofert odbywa się przez porównanie cen ofertowych brutto, a nie poszczególnych składowych tej ceny, możliwe jest więc wyłonienie oferty najkorzystniejszej, z zachowaniem zasad wyceny opisanych w SIWZ przy uwzględnieniu konstrukcji poszczególnych ofert. Zamawiający nie musi dokonywać jakichkolwiek poprawek w złożonych ofertach, czy to w zakresie stawek podatku, czy też przenoszenia kosztów między pozycjami. Możliwe jest porównanie cen ofertowych brutto, zgodnie z ustalonymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego, koszty zastępstwa procesowego na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:**

.....