

**WYROK**  
z dnia 2 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G.a Sp. z o.o. ul. Wolność 8/4, 26-600 Radom**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Gminę Przeworsk ul. Bernardyńska 1a, 37-200 Przeworsk**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Przeworsk unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o.**,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Przeworsk i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **CEZAR C. M. i P. G.a Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Gminy Przeworsk na rzecz **CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o.** kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Przemyślu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Przeworsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu TIK w ramach projektu partnerskiego „OMNIBUS – kompleksowy program rozwoju szkoły” w celu zwiększenia wykorzystania technologii informacyjno-komunikacyjnej w procesie nauczania oraz rozwinięcie kompetencji informatycznych wśród uczniów oraz nauczycieli na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 14 listopada 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 615821. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – CEZAR C. M. i P. G. Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny a wykonawca zastosował właściwą stawkę VAT.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonania badania i oceny ofert ważnych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego formularzem „Kalkulacja cenowa – załącznik nr 1 do formularza oferty” wykonawca składający ofertę zobligowany był do podania cen jednostkowych brutto, wartości brutto dla poszczególnych pozycji oraz całkowitej wartości brutto dla całego zamówienia, co Odwołujący uczynił. Zamawiający nie zawarł przy tym żadnych innych wymagań czy wytycznych w tym zakresie. Zgodnie z definicją „wartość brutto” to wartość towaru (usługi) wraz z należnym podatkiem od towarów i usług (Wikipedia). Przy czym nie ma znaczenia, na kim spoczywa obowiązek odprowadzenia podatku od transakcji, gdyż i tak rzeczywistym kosztem ponoszonym przez Zamawiającego jest kwota brutto. W przypadku, gdy dla transakcji nie ma zastosowania procedura odwrotnego obciążenia, Zamawiający płaci wykonawcy kwotę netto oraz należny podatek VAT, w przypadku, gdy procedura odwrotnego obciążenia VAT ma zastosowanie, Zamawiający płaci wykonawcy kwotę netto, a należny podatek odprowadza do urzędu skarbowego. Niezależnie od przyjętej formy

rozliczenia VAT w każdym z powyższych przypadków koszt dla Zamawiającego to cena brutto (netto oraz VAT).

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 lutego 2005 r., sygn. V Ca 2981/04 „pod pojęciem «ceny» należy na gruncie Prawa zamówień publicznych rozumieć cenę brutto (a więc z naliczonym VAT). Taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert”. Zgodnie z wyrokiem KIO sygn. 1462/17 dla porównania ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych przez siebie środków publicznych, a zatem kwotę, jaką będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji zamówienia, a więc zawierającą także podatek od towarów i usług. Mając na uwadze powyższe Odwołujący, podając dla pozycji 1. oraz 2. (kalkulacji cenowej) wartość brutto stanowiącą kwotę netto powiększoną o podatek VAT w stawce 23%, działał zgodnie z ogłoszonymi warunkami przetargu. Zamawiający decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oparł na jednym tylko zarzucie, iż dla poz. 1. oraz 2. Odwołujący błędnie podał stawki VAT uzasadniając ją tym, że wykonawca prawidłowo określił stawki VAT dla poz. 3 do 16 Kalkulacji cenowej, natomiast błędnie podał stawki VAT dla poz. 1 oraz 2 i w konsekwencji błędnie obliczył cenę brutto, które powodują powstanie obowiązku podatkowego u Zamawiającego.

Zarzut, że zastosowana przez Odwołującego dla laptopów stawka VAT 23% jest stawką błędną, nie znajduje uzasadnienia w żadnych przepisach podatkowych czy innych, które mogłyby mieć zastosowanie, a Zamawiający nie przytoczył żadnej podstawy prawnej na poparcie swoich twierdzeń. Zamawiający nie wskazał także, jaką stawkę i na jakiej podstawie uznałby za właściwą. Zamawiający artykułując swoje zarzuty zdaje się nie zauważać, że czym innym jest stawka podatku, a czym innym sposób jego rozliczenia. Dostawa komputerów przenośnych objęta jest stawką 23% podatku od towarów i usług niezależnie, czy odbywa się to w procedurze odwrotnego, czy „normalnego” rozliczenia. Niezależnie, która ze stron transakcji będzie miała obowiązek odprowadzić podatek do urzędu skarbowego, stawka podatku VAT wynosi 23%. Oferta Odwołującego wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie zawiera błędnej stawki VAT, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezrozumiałym i nie znajdującym oparcia w obowiązującym stanie prawnym jest stwierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że „cena oferty Wykonawcy nie może zawierać podatku VAT, który podlega rozliczeniu przez Zamawiającego zgodnie z ustawą o VAT”. Powyższe stwierdzenie pozostaje w oczywistej sprzeczności z ugruntowaną linią orzecniczą, w tym przywołanym wyrokiem sygn. KIO 1462/17. W celu prawidłowego porównania cen ofert zamawiający powinien bowiem szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi

na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku kryterium oceny ofert, jakim jest cena, dla porównania ofert zamawiający powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych przez siebie środków publicznych, a zatem kwotę, jaką będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji zamówienia, a więc zawierającą także podatek od towarów i usług. Dlatego też niezbędne jest wskazanie przez wykonawcę stawki podatku VAT, jaki zamawiający w przypadku odwróconego mechanizmu VAT winien doliczyć do podanej ceny netto. Zamawiający na etapie badania i oceny celem doprowadzenia do porównywalności ofert dolicza VAT, ale jedynie do tych ofert, którego go nie zawierają. Nawet gdy zamawiający nie ma możliwości wywiedzenia z oferty, że obowiązek podatkowy po jego stronie powstaje, może to być przedmiotem wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z treści oferty Odwołującego w sposób jednoznaczny wynika jej cena oraz kwestie zobowiązań w zakresie VAT zarówno dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego. Zamawiający miał wszelkie informacje niezbędne do jej oceny. Odrzucenie oferty nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w wyniku którego Odwołujący utracił możliwość pozyskania zamówienia.

## II Odpowiedź Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wskazał na brak interesu Odwołującego w złożeniu odwołania, ponieważ postępowanie zostało unieważnione w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przy tej wartości zamówienia odwoalnie na czynność unieważnienia nie przysługuje.

Z punktu 12.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, co należało rozumieć pod pojęciem ceny oferty brutto tj. cenę, którą Zamawiający jest zobowiązany zapłacić wykonawcy, a podatku, który Zamawiający odprowadzi sam, nie będzie płacił wykonawcy.

W punkcie 12.10 i rozdziale 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazano, że do tych pozycji wykonawca powinien wskazać cenę bez VAT.

Zamawiający musiałby dokonać korekty oferty o wartość VAT, więc zmieniałby w istocie cenę zaoferowaną przez wykonawcę. Stanowiłoby to istotną zmianę oferty, a tego rodzaju błędów nie można uznać za oczywistą omyłkę rachunkową.

## III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Interesu tego nie zmienia fakt, że Zamawiający w konsekwencji odrzucenia wszystkich złożonych ofert unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to bowiem jedynie bezpośrednie, wręcz automatyczne, następstwo ww. czynności odrzucenia wszystkich ofert.

Przepis ten stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. W przypadku stwierdzenia, że czynność odrzucenia ofert była nieprawidłowa, gdyż w postępowaniu istniała prawidłowa oferta lub oferty, automatycznie odpada także podstawa do unieważnienia postępowania, ponieważ przestaje istnieć sytuacja, o której mowa w tym przepisie.

Zasadniczo nie ma więc znaczenia, czy wykonawca zaskarży odrębnie czynność unieważnienia postępowania i czy Izba, orzekając, że zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty, równocześnie nakaze unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, gdyż nawet bez takiego nakazu zamawiający musi wykonać czynności zgodnie z zasadami procedury udzielania zamówień publicznych, czyli wziąć pod uwagę i naprawić wszystkie nieprawidłowe czynności pozostające w związku z czynnością kwestionowaną. Zamawiający nie mógłby bowiem, mając stwierdzone nieprawidłowe odrzucenie oferty, zignorować tego faktu i pozostawić bez zmiany stanu unieważnienia postępowania tylko z tego powodu, że odwołanie nie przysługuje – odwołania są bowiem tylko czynnościami sygnalizacyjnymi wykonawców, a zamawiający powinien procedurę przeprowadzić prawidłowo niezależnie od aktywności wykonawców w tym zakresie.

Na marginesie – takie działanie zamawiającego (zaniechanie unieważnienia unieważnienia postępowania) stanowiłoby również naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazane w art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Warto też zauważyć, że ta sama reguła dotyczy również innych czynności w postępowaniu, a zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby w takich sytuacjach zamawiający wziął pod uwagę, czy dane orzeczenie nie wpływa również na sytuację innych wykonawców, nawet jeśli nie złożyli oni odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający uznał bowiem, że Odwołujący błędnie podał stawkę podatku od towarów i usług dla poz. 1. oraz 2. tabeli formularza „Kalkulacja cenowa” i w konsekwencji błędnie obliczył cenę brutto pozycji, które powodują powstanie obowiązku podatkowego u Zamawiającego. Faktycznie Zamawiający nie kwestionował jednak wysokości stawki podatku 23%, lecz uważał, że w pozycjach tych Odwołujący powinien był podać wartość brutto jako wartość bez podatku od towarów i usług.

Formularz „Kalkulacja cenowa” został przygotowany przez Zamawiającego i stanowił załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sporne pozycje nr 1 i 2 tabeli wyceny w części A „Sprzęt komputerowy” dotyczyły laptopów dla nauczycieli do prowadzenia zajęć dydaktycznych oraz laptopów dla uczniów do pracowni szkolnych.

W części tabeli dotyczącej wyceny sprzętu Zamawiający umieścił dwie kolumny: „Cena jednostkowa brutto PLN” i „Wartość brutto PLN”.

W formularzu ofertowym wykonawcy mieli podać: cenę netto, podatek VAT ...% oraz cenę brutto. Zamawiający zawarł tam uwagę, że podane wartości powinny być tożsame z wartościami wyliczonymi na podstawie załącznika „Kalkulacja cenowa”.

W punkcie 3. formularza ofertowego wykonawcy mieli zadeklarować, czy wybór oferty będzie, czy też nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, a także wskazać nazwy (rodzaj) towarów lub pozycje z „Kalkulacji cenowej”, których dotyczy obowiązek podatkowy Zamawiającego wraz z ich wartością netto (bez kwoty podatku).

Przywołany art. 91 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego,

wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Odwołujący w „Kalkulacji cenowej” w pozycji 1. podał odpowiednio wartości 2.859,75 i 37.176,75, a w pozycji 2.: 2.367,75 i 125.490,75 zł, co daje łącznie wartość 162.667,50 zł.

W punkcie 1. formularza ofertowego podał cenę netto 274.175,00, podatek VAT 23% 52.348,00 oraz cenę brutto 326.523,00. Jednocześnie zaznaczył, że „pozycje 4, 5, 7 i 8 kalkulacji cenowej podlegają stawce VAT 0%”.

W punkcie 3. formularza ofertowego Odwołujący wskazał, że wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych. W akapicie dotyczącym nazwy (rodzaju) towarów lub pozycji z „Kalkulacji cenowej”, które powodują powstanie u Zamawiającego obowiązku podatkowego, podał nazwy: „laptop dla nauczycieli do prowadzenia zajęć dydaktycznych” oraz „laptop dla uczniów do pracowni szkolnych” oraz kwotę 132.250,00 zł.

Następnie w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r., dotyczących zastosowanych dla poszczególnych pozycji „Kalkulacji cenowej” stawek VAT, do których wezwał go Zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczył, iż w pozycji 1. i 2. zastosował stawkę 23% z adnotacją „odwrotne obciążenie”, dodając w uwadze, że w pozycjach tych podatek został już uwzględniony i nie ma potrzeby doliczania go do podanej kwoty brutto 326.523,00 zł.

Podczas rozprawy Zamawiający powołał się na rozdział 12. „Sposób obliczenia ceny” punkt 12.3 i 12.10 oraz rozdział 13. „Kryterium oceny ofert, sposób oceny ofert” pkt 13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z punktu 12.3. wynika, że pod pojęciem ceny ofertowej brutto należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, tj. wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą Zamawiający jest zobowiązany zapłacić wykonawcy.

Punkt 12.10 odnosi się do dyspozycji art. 91 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz informacji zawartych w punkcie 3. formularza ofertowego.

Z punktu 13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że w celu oceny oferty, która prowadzi do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, Zamawiający doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług dla pozycji wskazanych w formularzu ofertowym, które taki obowiązek powodują zgodnie z przepisami.

Art. 3 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług w ustępie 1. punkcie 1. wyjaśnia, iż „cena” oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą



kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W ustępie 2. zaznaczono, że „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.”

Na podstawie powyższego stanu faktycznego Izba stwierdziła, iż w ofercie Odwołującego nie zaistniał stan błędu w obliczeniu ceny w zakresie wskazywanych pozycji 1. i 2. „Kalkulacji cenowej”. Odwołujący zastosował tam prawidłową stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%, która to wysokość stawki nie była kwestionowana przez Zamawiającego – nie wskazał on innej prawidłowej według niego stawki ani podstawy prawnej jej zastosowania. Ma też rację Odwołujący, że obowiązek odprowadzenia podatku od towarów i usług przez Zamawiającego nie powoduje powstania stanu, w którym towar nie jest objęty tym podatkiem – jest to jedynie kwestia jego późniejszego rozliczenia.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający *de facto* kwestionował sposób przedstawienia ceny w tych pozycjach tabeli „Kalkulacji cenowej”, które według niego powinny być podane jako wartość bez podatku od towarów i usług, co wynika z punktu 12.3 i 13.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (Na marginesie, w takim wypadku Zamawiający powinien więc powołać się raczej w pierwszej kolejności na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.)

W ocenie Izby takie stanowisko (czy to w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 6, czy pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie jest jednak zgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z której wynika, że w tabeli tej należało wskazać „cenę jednostkową brutto” i „wartość brutto”.

W powszechnym rozumieniu (również w kontekście wykładni oświadczeń woli z art. 65 Kodeksu cywilnego) w zakresie VAT „brutto” oznacza „z uwzględnieniem podatku od towarów i usług”.

Tym samym Odwołujący wymóg ten zrozumiał jako konieczność podania ceny z podatkiem, co też zrobił. Tak też wymóg ten rozumie Izba. Również ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, że Zamawiający pojęcie to zdefiniował inaczej.

Należy zwrócić tu uwagę, że w punkcie 12.6 określił: „cena brutto (z VAT) musi być podana...”, czyli sam pojęcie „brutto” rozumiał jako „z VAT”. Natomiast w punkcie 3. formularza ofertowego wskazał: „wartość netto (bez kwoty podatku) towarów...”

Nie przeczy temu wskazany punkt 12.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ jego część „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą Zamawiający jest zobowiązany zapłacić wykonawcy”, zwłaszcza w kontekście odniesienia się do art. 3 ustawy

o informowaniu o cenach towarów i usług, jest tylko parafrazą zawartej tam regulacji dotyczącej wartości, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy, ale z zastrzeżeniem, że uwzględnia ona podatek od towarów i usług, jeżeli sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem, chociaż również w zwykłych stosunkach rynkowych podatek nie jest wynagrodzeniem sprzedającego i nie zawsze mu się go przelewa.

Poza tym, zdaniem Izby, nawet gdyby to postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia należało tak rozumieć, to jest to znaczenie tak ukryte, że nawet wykonawca dokonujący analizy specyfikacji istotnych warunków zamówienia z najwyższą starannością, nie byłby w stanie tego stwierdzić jednoznacznie – jeśli w ogóle. Tymczasem specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna być jasna, czytelna i przejrzysta, tak, aby wykonawca był w stanie zrozumieć jej wymogi bez skomplikowanych analiz.

Jeśli więc Zamawiający życzył sobie, by w pozycjach 1. i 2. tabeli „Kalkulacji cenowej” określenie „wartość brutto” rozumieć inaczej niż w pozostałych pozycjach i podać wartości bez podatku VAT, to powinien był to wyraźnie wskazać.

Należy bowiem zauważyć, że dany zamawiający może sobie określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – a nawet jest to wymaganie art. 36 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w jaki sposób cenę oferty, jak też ceny jednostkowe, obliczyć i w ofercie wyrazić. Dotyczy to również sytuacji, w której to zamawiający jest zobowiązany podatek od towarów i usług naliczyć i odprowadzić – nie ma tu przeszkód, by zamawiający żądał podania w ofercie ceny brutto (z podatkiem doliczonym przez wykonawcę), nawet jeśli wiadomo, że podatek nie wchodzi w wynagrodzenie wykonawcy (bo co do zasady podatek nie jest wynagrodzeniem wykonawcy tylko daniną dla państwa), czy też kwotę mu przelewaną w momencie rozliczania faktur – jest to tylko deklaracja w ofercie wyrażona w ustalonej przez zamawiającego formie, a nie rozliczenie z organem skarbowym.

Co więcej, jeśli nawet stan faktyczny zaistniały w ofercie Odwołującego by uznać za niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to byłaby to niezgodność formalna, która nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie niezgodność „merytoryczna” – ewentualnie można by było też poprawić ją w oparciu o art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako nieistotną omyłkę (na kwotę wskazaną w punkcie 3. formularza ofertowego). Z pozostałych informacji zawartych w ofercie można bowiem wyczytać, czy jest to kwota z podatkiem od towarów i usług, czy też bez tego podatku – z punktu 3. formularza ofertowego wynika bowiem wartość netto tych pozycji (podana tam jako wartość netto kwota 132.250,00 zł odpowiada sumie wartości pozycji 1. i 2., tj. 162.667,50 zł).

Co zaś do przeliczenia ceny oferty w kryterium ceny według punktu 13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to Zamawiający nie musi już dodawać podatku dla pozycji 1. i 2. do ceny oferty brutto Odwołującego – ewentualnie może go odjąć, a następnie dodać, nie czyni to żadnej różnicy. Sama uwaga nie stoi na przeszkodzie oceny oferty, bowiem jej racjonalną podstawą jest to, aby porównywać oferty porównywalne, czyli o takim samym stopniu uwzględnienia podatku od towarów i usług.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....