

WYROK

z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Zuzanna Idzikowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o., ECO-THERM Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Koluszki, ul. 11 listopada 65, 95-040 Koluszki,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Koluszki:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej

przez wykonawcę H. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą EKO PRIME oraz powtórzenie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Koluszki, ul. 11 listopada 65, 95-040 Koluszki, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o., ECO-THERM Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Gmina Koluszki, ul. 11 listopada 65, 95-040 Koluszki na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa

EKOENERGIA Sp. z o.o., ECO-THERM Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Łodzi.

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Koluszki, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pod nazwą „Odnawialne źródła energii szansą rozwoju gminy Koluszki”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2018 roku pod numerem 2018 / S 034- 074993.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o., „ECO-THERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach Prawych wnieśli odwołanie wobec:

- a) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę H. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą EKO PRIME z siedzibą w Żelechlinku (dalej „EKO PRIME”),
- b) zaniechania czynności odrzucenia oferty EKO PRIME, która zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- c) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił zarzuty naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” :

- a) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty EKO PRIME, pomimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy EKO PRIME jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty EKO PRIME jako najkorzystniejszej;
- b) dokonał ponownego badania i oceny oferty EKO PRIME;
- c) dokonał odrzucenia oferty EKO PRIME z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- d) dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 24 kwietnia 2018 r. otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty - Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę EKO PRIME, natomiast oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKO PRIME, jako zawierającej błędy w obliczaniu ceny.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz w uchwale dnia 20 października 2011 r., sygn. akt: III CZP 53/11 przesądził, iż: „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).” Przyjęcie zatem przez wykonawcę w cenie oferty niewłaściwej stawki podatku VAT winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, chyba że błędna stawka podatku nadaje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako tzw. inna omyłka. Odnośnie możliwości poprawienia nieprawidłowej stawki w uzasadnieniu pierwszej z ww. uchwał wyjaśniono, że: „Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.”

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie narzucił w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT. Zamawiający w pkt XII ppkt 1 i 2 SIWZ wskazał, że:

„1) Cena ofertowa w wysokości netto oraz brutto powinna być podana liczbowo i słownie jako równowartość wynagrodzenia w formie ryczałtu.

2) Cena brutto przyjęta do porównywania złożonych ofert powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, w tym podatek VAT.”

W świetle SIWZ, ustalenie i zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT było obowiązkiem wykonawców. Zamawiający przewidział jedynie, że do prawidłowego obliczenia ceny wykonawcy będą musieli posłużyć się dwiema różnymi stawkami podatku VAT, bowiem do części przedmiotu zamówienia ma zastosowanie stawka podstawowa (23%), a do innej części - stawka obniżona (8%). Zamawiający nie wskazał, którą stawkę podatku VAT (podstawową czy obniżoną) należy zastosować w odniesieniu do danego elementu przedmiotu zamówienia. Stawka podatku VAT nie była też przedmiotem wyjaśnień treści SIWZ udzielanych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, wykonawcy przy obliczeniu ceny ofertowej zobowiązani byli samodzielnie ustalić, jaką stawkę podatku VAT, zgodnie z przepisami, należy przyjąć do obliczenia ceny brutto dla danego elementu przedmiotu zamówienia. Powyższa okoliczność przesądza jednocześnie o tym, że poprawienie stawki VAT w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie będzie w niniejszej sprawie możliwe (uchwała SN sygn. III CZP 52/11).

Odwolujący stwierdził, że Zamawiający nie dokonał oceny prawidłowości stawki podatku VAT przyjętej w ofercie EKO PRIME, podczas gdy stawka ta, przynajmniej w przypadku części elementów przedmiotu zamówienia, jest nieprawidłowa, co jest równoznaczne z błędem w obliczeniu ceny.

Zamawiający wymagał w pkt XVI ppkt 21 dołączenia do oferty „2) Formularz cen jednostkowych wypełniony według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ”. W ww. formularzu należało podać ceny jednostkowe, tj. ceny dla poszczególnych nieruchomości objętych zakresem zamówienia. Zamawiający wskazał w załączniku nr 2 do SIWZ, że w odniesieniu do każdej z nieruchomości objętej zakresem zamówienia należy podać:

„Cena netto za wykonanie dokumentacji projektowej”

„Cena netto za realizację zakresu projektu montaż i uruchomienie urządzeń”

„Ogółem cena netto”

„Ogółem cena brutto”

Powyższe rozbieżności na „Cenę netto za wykonanie dokumentacji projektowej” oraz na „Cenę netto za realizację zakresu projektu montaż i uruchomienie urządzeń” jest konsekwencją tego, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem typu „zaprojektuj i buduj”. Powyższe jasno wynika z postanowień SIWZ. Odwołujący powołał pkt II ppkt 3 SIWZ, gdzie Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwa etapy, tj. „Faza przygotowawcza i dokumentacyjna” i „Faza wykonawcza”.

Odwolujący stwierdził, że dla zdecydowanej większości nieruchomości wykonawca EKO PRIME zastosował w formularzu cen jednostkowych, załączonym do oferty, obniżoną stawką podatku VAT (8%), zarówno obliczając cenę za wykonanie dokumentacji projektowej, jak i cenę za realizację zakresu projektu, tj. za montaż i uruchomienie urządzeń. Jedynie w przypadku nieruchomości wskazanych w poz. nr 12, 25, 70, 79, 98, 107, 134, 144, 187, 188, 189, 190, 191 formularza cen jednostkowych EKO PRIME, obliczając cenę za wykonanie dokumentacji projektowej, zastosował podstawową stawką podatku VAT (23%).

We wszystkich pozycjach formularza cen jednostkowych (poza poz. nr 12, 25, 70, 79, 98, 107, 134, 144, 187, 188, 189, 190, 191) wykonawca EKO PRIME zsumował „Cenę netto za wykonanie dokumentacji projektowej” i „Cenę netto za realizację zakresu projektu montaż i uruchomienie urządzeń”, obliczając ile wynosi „Ogółem cena netto”. Następnie, obliczając ile wynosi „Ogółem cena brutto”, zastosował obniżoną stawką podatku VAT (8%).

Odwolujący wskazał na treść art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (tekst jednolity z dnia 26 maja 2017 r., Dz.U. z 2017 r. poz. 1221 ze zm., dalej „ustawa o VAT”). Stawką podstawową jest stawka 22%, przy czym na podstawie art. 146a ustawy o VAT w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2018 r. stawka podstawowa wynosi 23%. Ustawa o VAT wprowadza także stawkę obniżoną (od 1 stycznia 2011 r. wynoszącą 8%), przy czym stawka ta ma charakter wyjątku od reguły, jaką jest stosowanie stawki podstawowej, tj. przyjęcie stawki 8% jest możliwe tylko w przypadkach wskazanych w ustawie o VAT.

W ocenie Odwołującego, przyjęcie w ofercie wykonawcy EKO PRIME w odniesieniu do wykonania dokumentacji projektowej stawki podatku VAT w wysokości 8% jest nieuprawnione, nie są bowiem w tym przypadku spełnione warunki zastosowania stawki obniżonej. Wykonanie dokumentacji projektowej nie mieści się w katalogu towarów i usług, zawartym w załączniku nr 3 do ustawy o VAT ani nie stanowi dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, tj. nie mieści się w katalogu zamieszczonym w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT.

Odwołujący wskazał, że konsekwencje zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie EKO PRIME nie budzą żadnych wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu przywołał stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 10 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2794/11, wyroku z dnia 10 kwietnia 2012 sygn. akt KIO 588/12, wyroku z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 639/12.

Odwołujący podniósł z ostrożności, że błąd w obliczeniu ceny popełniony przez wykonawcę EKO PRIME nie można uznać za oczywistą omyłkę rachunkową, na co wskazuje powołana powyżej uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11.

Ponadto, nie jest żadnym usprawiedliwieniem dla zastosowania obniżonej stawki podatku VAT w odniesieniu do wykonania dokumentacji projektowej ewentualne powołanie się na tzw. świadczenie kompleksowe, tj. że cały zakres prac objętych przedmiotem zamówienia stanowi de facto jedno świadczenie, obejmujące fazę przygotowawczą i dokumentacyjną oraz fazę wykonawczą. Za orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) Odwołujący wskazał, że 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. W ocenie Odwołującego, zasada ta ma zastosowanie również w przedmiotowej sprawie (wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 r. - sprawa C-41/04 Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV przeciwko Staatssecretaris van Financien). W ocenie Odwołującego, warunek ścisłego związania w przypadku niniejszego zamówienia nie jest spełniony, inaczej niż w sprawie C-41/04. Przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem typu „zaprojektuj i buduj”, a z przytoczonego pkt II ppkt 3 SIWZ jasno wynika, że w ramach przedmiotu zamówienia można wyróżnić co najmniej kilka podstawowych świadczeń wykonawcy. Żadnemu z nich nie sposób przyznać charakteru podstawowego, nie są one również ściśle ze sobą związane, czego najlepszym dowodem jest to, że mogą zostać bez przeszkód powierzone różnym podmiotom.

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z powołanym powyżej art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, stawkę podatku 8% stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, to nie ma żadnych podstaw, aby stawkę tę stosować np. do wykonania projektu wykonawczego czy uzyskania w imieniu Zamawiającego wszelkich uzgodnień z właścicielami nieruchomości. Rozciągnięcie preferencyjnej stawki podatku VAT na takie usługi w świetle literalnego brzmienia ww. przepisu nie ma żadnych podstaw, przeciwnie, byłoby z powyższym przepisem sprzeczne.

Odwołujący podniósł, za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 22 września 2009 r., I SA/Gd 348/09, że jeśli świadczenie może być rozdzielone, tak jak usługi zaprojektowania i budowy budynku mieszkalnego, to należy stosować odrębne stawki VAT dla każdej z usług. WSA oddalając skargę wniesioną przez spółkę wskazał, że należy najpierw sprawdzić, czy świadczenia mogą być rozdzielone, a następnie trzeba zbadać wartość jednego i drugiego. Jeśli rozdzielenie jest możliwe (choćby w najmniejszym stopniu), to nie może być mowy o łącznym świadczeniu opodatkowanym jedną stawką. Gdyby rozdzielenie nie miało sensu, to wtedy należałoby przyjąć jedną stawkę dla całości. Sąd dodał również, że formuła „zaprojektuj i wybuduj” zawiera sama w sobie koniunkcję dwóch oddzielnych czynności. Forma zapłaty za te usługi jest więc kwestią wtórną. Odwołujący podkreślił, że powyższy wyrok został zaskarżony przez spółkę do Naczelnego Sądu Administracyjnego, który wyrokiem z dnia 20 grudnia 2010, I FSK 2091/09, oddalił skargę kasacyjną.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że na gruncie prawa podatkowego, objęcie jedną umową kilku czynności (tutaj: zaprojektowania i wybudowania instalacji energii odnawialnej) nie uprawnia do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT 8% do wszystkich świadczeń objętych umową. Co więcej, stanowisko takie jest prezentowane jednolicie, zarówno przez organy podatkowe, jak i przed sądy administracyjne obu instancji. Generalnie, problem świadczeń złożonych poruszany był wielokrotnie w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych, które dostrzegają potrzebę rozdzielania świadczeń, co do których podatnik stał na stanowisku, że stanowią świadczenie złożone (oprócz wyroków powołanych powyżej patrz również wyrok z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt III SA/Wa 1155/10 oraz wyrok z dnia 3 lutego 2010 r., I SA/Kr 1794/09).

W przypadku zamówień na instalacje energii odnawialnej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” standardem jest przyjmowanie dwóch różnych stawek podatku VAT, mimo że z wykonawcą zawierana jest jedna umowa na zaprojektowanie i wybudowanie instalacji. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał postępowania o zbliżonym przedmiocie zamówienia, w których wykonawcy złożyli oferty obliczając cenę oferty z użyciem dwóch różnych stawek podatku VAT, tj. w przypadku projektowania - 23%, zaś w przypadku robót budowlanych w budynkach mieszkalnych - 8%.

Błędnej stawki podatku VAT, zastosowanej w ofercie wykonawcy EKO PRIME, nie da się poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż w SIWZ Zamawiający żadnej stawki podatku VAT nie narzucił.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy EKO PRIME jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Zarzut niniejszy stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę EKO PRIME, a w konsekwencji jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego.

Wykonawca EKO PRIME zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 15 maja 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego, przedmiot zamówienia ma charakter usługi złożonej, na którą składa się zarówno dostawa urządzeń, jak i wykonanie właściwego połączenia tych urządzeń z systemem ogrzewania mieszkania lub systemem przekazywania energii elektrycznej, co wiąże się z odpowiednim zaprojektowaniem instalacji. Dopiero wykonanie wszystkich prac umożliwi korzystanie z funkcjonalności ww. urządzeń. Zdaniem Zamawiającego, powyższe czynności z punktu widzenia gospodarczego tworzą jedną całość. Dostawa ww. urządzeń z ich montażem nie podlega regulacjom prawa budowlanego, co oznacza, że nie trzeba sporządzać projektu budowlanego w rozumieniu przepisów tej ustawy ani uzyskiwać pozwoleń na realizację robót lub zgłoszeń zamiaru wykonywania robót budowlanych. Z tego też względu nie można uznać, że inwestycja jest prowadzona w trybie „zaprojektuj i buduj”. Zdaniem Zamawiającego, w przypadku tej inwestycji trudno jest wyodrębnić poszczególne czynności wykonawcy, a rozliczenie wykonania prac nastąpi na podstawie faktur częściowych za wykonanie i odebranie kompletnych zamontowanych poszczególnych urządzeń potwierdzonych przez inspektora nadzoru inwestorskiego. W ocenie Zamawiającego, wykonawca EKO PRIME prawidłowo obliczył cenę usługi z zastosowaniem obniżonej stawki podatku VAT w zakresie objętym art. 41 ust. 12-13 ustawy o VAT. Zarówno dla fazy przygotowawczej, jak i fazy wykonawczej, które są ze sobą ściśle związane, ma zastosowanie jedna stawka podatku VAT. Zamawiający wyjaśnił, że dokumentacja wykonawcza potrzebna będzie jedynie do udokumentowania i potwierdzenia montażu, uruchomienia i rozruchu urządzeń. Zamawiający powołał się na interpretację Ministra Finansów w odpowiedzi na interpelacje poselskie nr 33619 z dnia 27 lipca 2015 r., interpretację indywidualną z dnia 23 czerwca 2015 r. nr IPTPP/14512-158/15-5/16-S/IG oraz wyrok KIO z dnia 24 maja 2017 r. sygn. akt KIO 954/17.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca EKO PRIME nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego. Wykonawca nie przekazał kopii przystąpienia Odwołującemu, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 Pzp.

Jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt II.1 SIWZ), przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż i uruchomienie:

- a) 168 kpl. zestawów fotowoltaicznych. Instalacje fotowoltaiczne będą produkowały energię elektryczną na potrzeby własne użytkownika,
- b) 18 kotłów na biomasę,
- c) 23 zestawów kolektorów słonecznych.

Wykonanie zadania zostało podzielone przez Zamawiającego (pkt II.3 lit. A i B SIWZ) na dwa etapy tj. Fazę przygotowawczą i dokumentacyjną oraz Fazę wykonawczą.

Faza przygotowawcza i dokumentacyjna obejmuje:

- 1) uzyskanie w imieniu Zamawiającego wszelkich uzgodnień z właścicielami nieruchomości,
- 2) wykonanie projektu wykonawczego
- 3) wykonanie instrukcji korzystania z zamontowanych urządzeń
- 4) złożenie 2 kompletnych egzemplarzy projektów u Zamawiającego. Projekty powinny być skompletowane, spięte w segregatorach i złożone na potrzeby Zamawiającego.
- 5) wszystkie dokumenty powinny być także nagrane na płytę CD w formacie pdf i przekazane Zamawiającemu —1 egz.
- 6) przygotowanie wniosków o zainstalowanie dwukierunkowych liczników energii elektrycznej i przekazanie podpisanych przez Właścicieli wniosków do lokalnego zakładu energetycznego (PGE Dystrybucja),
- 7) przeprowadzenie szkolenia dla wszystkich użytkowników montowanych urządzeń w zakresie sposobu ich użytkowania oraz przygotowanie i przekazanie w wersji papierowej instrukcji obsługi i eksploatacji.

Faza wykonawcza obejmuje:

- 1) Dostawę, montaż, podłączenie oraz uruchomienie:
 - a) 168 kpl. zestawów fotowoltaicznych. Instalacje fotowoltaiczne będą produkowały energię elektryczną na potrzeby własne użytkownika.
 - b) 18 kotłów na biomasę,
 - c) 23 zestawów kolektorów słonecznych, wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą.
- 2) wykonanie prac demontażowych, odtworzeniowych, porządkowych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia,
- 3) niezwłoczne usuwanie z terenu realizacji zbędnych materiałów, oraz odpadów,
- 4) w przypadku wystąpienia jakichkolwiek zniszczeń lub uszkodzeń powstałych w toku montażu urządzeń, Wykonawca zobowiązany jest do naprawy powstałych uszkodzeń i doprowadzenia do stanu pierwotnego,
- 5) przeprowadzenie rozruchu technologicznego.

W pkt II.4 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Szczegółowy zakres prac do wykonania oraz parametry techniczno-użytkowe ujęte są w Programie Funkcjonalno-Użytkowym sporządzonym przez Firmę PHIN Inwestycje z siedzibą w Łodzi przy ul. Częstochowskiej 63. Dokument ten stanowi załącznik 8 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”

W pkt IV.1) SIWZ Zamawiający podał kody CPV określające przedmiot zamówienia, w tym m.in. kod „71320000-7 Usługi inżynierskie w zakresie projektowania”.

W Programie Funkcjonalno-Użytkowym Zamawiający podał dodatkowo w zakresie projektowania kody CPV dla Usług projektowania architektonicznego, Usług projektowania systemów zasilania energią elektryczną, Usług projektowania systemów grzewczych, a także dla Robót budowlanych, Robót remontowych i renowacyjnych, Robót w zakresie instalacji budowlanych, Robót budowlanych w zakresie budowy rurociągów, ciągów komunikacyjnych i linii energetycznych.

Ponadto, w pkt I.1 Opis ogólny przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł „Słownik, definicje” pojęć użytych w treści tego dokumentu, w tym m.in. zdefiniował pojęcie

„Dokumentacji projektowej” - jako „należy przez to rozumieć dokumentację spełniającą wymagania Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz.1129).”

Pojęcie „Wykonawcy” zostało zdefiniowane przez Zamawiającego, jako „należy przez to rozumieć firmę, która zostanie wyłoniona w celu opracowania dokumentacji projektowej i wykonania robót budowlanych.”

Opisując „Zakres przedmiotu zamówienia” w PFU Zamawiający stwierdził jednoznacznie, że „Przedmiotem zamówienia jest sporządzenie dokumentacji projektowej a następnie na jej podstawie dostawa, montaż i uruchomienie 168 kpl. Zestawów fotowoltaicznych [...]. Ponadto zakres zamówienia obejmuje dostawę, montaż i uruchomienie 18 kotłów na biomasę oraz 23 zestawów kolektorów słonecznych”. W PFU pkt 1.2.1 zostały określone „Wymagania dotyczące przygotowania terenu budowy”, w szczególności Zamawiający wskazał, że „Wykonawca powinien pamiętać, że roboty budowlane będą prowadzone na czynnych obiektach [...]”.

W pkt 1.3 PFU zostały przedstawione „Założenia dodatkowe do opracowania dokumentacji projektowej”, w których mowa jest o projekcie budowlano-wykonawczym, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiarach robót.

W pkt 1.4 PFU zostały określone „Ogólne warunki wykonania i odbioru robót budowlanych”.

W pkt 1.4.2 PFU w zakresie ‘Ogólnych wymagań dotyczących wykonawcy robót’

Zamawiający wskazał m.in., że „Wykonawca jest odpowiedzialny za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z - programem funkcjonalno-użytkowym

Ponadto, Zamawiający nie określił w treści SIWZ konkretnej wymaganej stawki podatku VAT. W pkt XII ppkt 1 i 2 SIWZ wskazano, że: „1) Cena ofertowa w wysokości netto oraz brutto powinna być podana liczbowo i słownie jako równowartość wynagrodzenia w formie ryczałtu. 2) Cena brutto przyjęta do porównywania złożonych ofert powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, w tym podatek VAT.” Dobór odpowiedniej stawki podatku VAT do danego elementu przedmiotu zamówienia Zamawiający pozostawił wykonawcom. W pkt XVI ppkt 21 SIWZ Zamawiający postawił wymaganie: „Do oferty należy załączyć: (...)2) Formularz cen jednostkowych wypełniony według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ”. W ww. formularzu należało podać ceny jednostkowe, tj. ceny dla poszczególnych nieruchomości objętych zakresem zamówienia. Zamawiający wskazał w załączniku nr 2 do SIWZ, że w odniesieniu do każdej z nieruchomości objętej zakresem zamówienia należy podać:

„Cena netto za wykonanie dokumentacji projektowej”

„Cena netto za realizację zakresu projektu montaż i uruchomienie urządzeń”

„Ogółem cena netto”

„Ogółem cena brutto”

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKO PRIME, pomimo że zawiera ona błędy w obliczaniu ceny.

Postanowienia SIWZ, w szczególności szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zawarty w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, stanowiącym załącznik 8 do SIWZ, jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający dokonał podziału prac wchodzących w zakres zamówienia na dwa główne etapy - tj. etap projektowania i etap wykonawstwa. Program

Funkcjonalno-Użytkowy jako integralna część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest wiążący zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego, na etapie badania i oceny ofert, jak i na etapie realizacji zamówienia. Nie można przyjąć, że PFU w części dotyczącej projektowania nie obowiązuje w przedmiotowym postępowaniu skoro Zamawiający nie wprowadził jednoznacznej korekty sformułowanych w nim postanowień w omawianym zakresie.

Stosownie do postanowień SIWZ, w tym uwzględniając postanowienia Programu Funkcjonalno-Użytkowego, w ramach dokonywanej przez Zamawiającego w postępowaniu czynności badania i oceny ofert Zamawiający ma obowiązek zbadania i oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy ma istotny i bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości ceny oferty, która jest zdefiniowana w art. 2 pkt 1 Pzp..

Przyjęcie przez wykonawcę w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT może skutkować dwójako, w zależności od sposobu sformułowania SIWZ w danym 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). Pojęcie błędu w obliczeniu było przedmiotem analizy Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz sygn. akt: III CZP 53/11, wskazał, że: „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).”

W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, gdy Zamawiający nie narzucił wykonawcom w SIWZ zastosowania do obliczenia ceny oferty konkretnej stawki VAT w odniesieniu do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

W tych warunkach, uwzględniając wytyczne SN zawarte w ww. uchwałach, przyjęcie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT powinno być ocenione jako błąd w obliczeniu ceny, a nie niezgodność z treścią SIWZ, co powinno w konsekwencji skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Jak wynika z treści oferty wykonawcy EKO PRIME, w tym z formularza cen jednostkowych, w odniesieniu do części elementów przedmiotu zamówienia wykonawca przyjął w sposób jednolity preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8% zarówno dla usług projektowych jak i robót wykonawczych. W przypadku większości nieruchomości wykonawca EKO PRIME zastosował w formularzu cen jednostkowych załączonym do oferty obniżoną stawką podatku VAT (8%) zarówno obliczając cenę za wykonanie dokumentacji projektowej, jak i cenę za wykonanie projektu, tj. za montaż i uruchomienie urządzeń (oprócz poz. nr 12, 25, 70, 79, 98, 107, 134, 144, 187, 188, 189, 190, 191 formularza cen jednostkowych).

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę treść SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, omówioną powyżej, zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8% nastąpiło w sposób nieuprawniony, co należało ocenić jako błąd w obliczeniu ceny oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Podkreślić należy, że jednoznacznie w formularzu ofertowym Zamawiający wyodrębnił pozycję „Cena netto za wykonanie dokumentacji projektowej” oraz „Cenę netto za realizację zakresu projektu montaż i uruchomienie urządzeń”, co oznacza, że Zamawiający formułując treść SIWZ przyjął, że w wykonanie dokumentacji projektowej jest usługą stanowiącą odrębną od prac wykonawczych część przedmiotu zamówienia.

Dokonany przez Zamawiającego w pkt II ppkt 3 SIWZ podział realizacji przedmiotu zamówienia na dwa etapy, w tym etap „Fazy przygotowawczej i dokumentacyjnej”, która obejmuje m.in. uzyskanie w imieniu Zamawiającego wszelkich uzgodnień z właścicielami nieruchomości, wykonanie projektu wykonawczego, złożenie 2 kompletnych egzemplarzy projektów u Zamawiającego wskazuje, że projektowanie jest istotnym elementem przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśnił Odwołujący, w świetle postanowień SIWZ, montaż odpowiednich urządzeń musi być wykonany po zaprojektowaniu instalacji stosownie do warunków technicznych panujących na danej nieruchomości.

Podkreślić należy także, że w dokumencie PFU Zamawiający wprost i jednoznacznie posługuje się formułą „zaprojektuj i buduj”. Dopiero na etapie rozprawy w postępowaniu

odwoławczym Zamawiający wyjaśniał, że określenie to pozostało w dokumentacji PFU na skutek przyjęcia pierwotnie odmiennej i nieaktualnej już pierwszej koncepcji realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia, powołując się na interpretację Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego w Lublinie, dotyczącą kwalifikacji prac będących przedmiotem zamówienia jako dostawy z montażem, której nie złożył do akt sprawy na potwierdzenie prezentowanego stanowiska. W świetle postanowień SIWZ (PFU) fakt, że na podstawie art. 29 ust. 2 pkt 15 w związku z art. 30 ust. 1 Prawa budowlanego, pozwolenie na budowę ani zgłoszenie nie jest wymagane w przypadku wykonywania robót budowlanych polegających na instalowaniu urządzeń na obiektach budowlanych ma drugorzędne znaczenie.

W ocenie Izby, jak już wskazano powyżej, jeżeli w trakcie prowadzonego postępowania Zamawiający doszedł do przekonania, że sformułowany w SIWZ (PFU) opis przedmiotu zamówienia nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, to powinien dokonać odpowiednich zmian w treści dokumentacji przetargowej, lecz nie był uprawniony do pominięcia tych postanowień przy ocenie ofert. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Zamawiającego, że dokument PFU zawiera postanowienia, które się zdezaktualizowały. Otóż PFU stanowi istotny, wręcz zasadniczy dokument opisujący przedmiot zamówienia (stanowiąc załącznik nr 8 do SIWZ) w przedmiotowym postępowaniu. Załącznik ten, tak jak cała SIWZ, jest wiążącym dokumentem w postępowaniu. Zamawiający nie jest uprawniony uznać na etapie oceny ofert, że niektóre elementy PFU nie obowiązują. Powyższe działanie Zamawiającego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszelkie konieczne zmiany w treści PFU powinny być dokonane przez Zamawiającego przed terminem składania ofert.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r.

(tekst jednolity z dnia 26 maja 2017 r., Dz.U. z 2017 r. poz. 1221 ze zm.), stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. W ustępie 2 wskazuje się, że dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Natomiast ustęp 12 określa, że stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Stawką podstawową jest stawka 22%, przy czym na podstawie art. 146a ustawy o

VAT w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2018 r. stawka podstawowa wynosi 23%, natomiast stawka obniżona wynosi 8%. Zauważyć należy, że stawka obniżona ma charakter wyjątku od reguły, jaką jest stosowanie stawki podstawowej. Przyjęcie stawki 8% jest możliwe tylko w przypadkach wskazanych wprost w ustawie o VAT, które jako wyjątki od reguły opodatkowania stawką podstawową należy interpretować ściśle.

Wymagane w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z PFU, dokumentacji projektowej nie mieści się w katalogu towarów i usług, zawartym w załączniku nr 3 do ustawy

do VAT ani nie stanowi dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub

przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, o których jest mowa w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT. Zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT jest dopuszczalne zatem tylko w odniesieniu do części przedmiotu zamówienia, która obejmuje montaż i uruchomienie urządzeń na obiektach budownictwa mieszkaniowego lub ich części.

Przyjęcie w ofercie wykonawcy EKO PRIME w odniesieniu do wykonania dokumentacji projektowej stawki podatku VAT w wysokości 8% nie znajduje zatem oparcia w przepisach ustawy o VAT, gdyż nie są w tym przypadku spełnione warunki zastosowania stawki obniżonej. W konsekwencji należy uznać, że oferta wykonawcy EKO PRIME zawiera błąd w obliczeniu ceny, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Nie ma uzasadnienia zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT w odniesieniu do wykonania dokumentacji projektowej z powołaniem się na tzw. świadczenie kompleksowe, które łączy w sobie różne świadczenia powiązane ze sobą w taki sposób nie jest możliwe i uzasadnione z punktu widzenia gospodarczego ich rozdzielenie, gdyż faktycznie stanowią jedną całość.

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 Financiën), 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: ujednolicona 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."

W przedmiotowym postępowaniu w świetle zapisów SIWZ (pkt II.3), jak i przytoczonych na wstępie postanowień PFU, nie mamy do czynienia ze świadczeniem wiodącym - dostawą i montażem urządzeń energii odnawialnej oraz wykonaniem niezbędnej instalacji, oraz pomocniczym (ubocznym) w pozostałym zakresie, gdyż sam Zamawiający zdecydowanie podzielił przedmiot zamówienia na dwa etapy, które mogłyby być de facto wykonane przez dwóch różnych wykonawców niezależnie od siebie, z których świadczenie w postaci wykonania projektu wykonawczego może być rozdzielone od pozostałego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zagadnienie dotyczące właściwej stawki podatku VAT w przypadku umów w systemie „zaprojektuj i wybuduj” była wielokrotnie przedmiotem oceny organów podatkowych oraz sądów administracyjnych. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 22 września 2009 r., sygn. akt. I SA/Gd 348/09 stwierdzono, że jeśli świadczenie może być rozdzielone, tak jak usługi zaprojektowania i budowy budynku mieszkalnego, to należy stosować odrębne stawki VAT dla każdej z tych usług. Podobnie orzekł Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z dnia 20 grudnia 2010, sygn. akt I FSK 2091/09. Do tego zagadnienia odnoszą się również orzeczenia WSA w Poznaniu w wyrokach z dnia 15 kwietnia 2010 r. sygn. akt I SA/Po 130/10 oraz z dnia 19 sierpnia 2010 r. sygn. akt I SA/Po 315/10, WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 18 września 2012 r. sygn. akt I SA/Gd 696/12, a także w wyroku z dnia 22 listopada 2017 r. sygn. akt I SA/Gd 1265/17. Generalnie sądy administracyjne stoją na stanowisku, że usługa projektowa (niezależnie od rodzaju projektu) nie stanowi części składowej lub ubocznej usługi budowlanej. Co do zasady są to dwie różne i niezależne od siebie usługi, które mogą być wykonywane, i najczęściej są wykonywane przez różne podmioty. Dlatego też nie można opodatkować tych dwóch różnych usług tą samą stawką podatku VAT, w szczególności że wszelkie preferencje podatkowe należy stosować ściśle i zgodnie z literalnym brzmieniem przepisów. Podobne stanowisko prezentowane jest także przez organy podatkowe - np. interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 14 maja 2012 r. sygn. IPPP2/443-188/12-3/IG oraz interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 6 sierpnia 2014 r. sygn. IBPP2/443-439/14/JJ, w której stwierdzono, że: „[...] w przypadku usługi polegającej na przygotowywaniu projektów ekologicznych systemów grzewczych, brak jest podstaw do zastosowania stawki preferencyjnej w wysokości 8%. Skoro więc do przedmiotowych usług nie ma zastosowania powołany przepis art. 41 ust. 12 ustawy, a ustawodawca nie przewidział preferencyjnej stawki podatku od towarów i usług dla usług projektowych, zatem przedmiotowe usługi projektowe na podstawie art. 41 ust. 1 w powiązaniu z art. 146a pkt 1 ustawy, podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług w wysokości 23%.” Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie również w interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 19 grudnia 2017 r. sygn. 0112-KDIL1-1.4012.397.2017.2.MW, w której stwierdzono, że „co do zasady, usługi projektowe oraz usługi budowlane lub instalacyjne mają charakter samoistny i mogą być wykonywane niezależnie od siebie, jak również nie występują między nimi tak ścisły związek, by nie było możliwe ich wyodrębnienie. Zarówno usługa projektowa, jak i usługa budowlana (instalacyjna) są rodzajem usług, które nabywca może kupić oddzielnie.”

W ocenie Izby, nie ma wątpliwości na gruncie prawa podatkowego, że sam fakt objęcia kilku czynności (tutaj: zaprojektowania i wybudowania instalacji energii odnawialnej) jedną umową nie uprawnia do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8% do wszystkich świadczeń objętych daną umową.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKO PRIME, która zawiera preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8% na usługi projektowe, które stanowią istotny element przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy EKO PRIME jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego Izba uznała za zasadny, co jest konsekwencją potwierdzenia się okoliczności, że ww. oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający powinien zatem powtórzyć czynność oceny ofert, odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę EKO PRIME oraz powtórzyć czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).