

**Sygn. akt VI Ca 365/17**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 czerwca 2017r.

Sąd Okręgowy w Częstochowie VI Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie następującym:

**Przewodniczący: SSO Karol Kołodziejczyk**

**Sędzia: SSO Halina Garus**

**Sędzia: SSO Leszek Mazur (spr.)**

**Protokolant: st. sekr. sąd. Agnieszka Cieślak**

po rozpoznaniu w dniu 24 maja 2017r. w Częstochowie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z siedzibą w W.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę S.

na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2017r.

sygn. akt KIO 434/17

- 1. zmienia zaskarżone postanowienie w pkt 1 w ten sposób, że oddala odwołanie (...) S.A. z siedzibą w W.;**
- 2. odstępuje od obciążania stron kosztami postępowania skargowego.**

**Sygn. akt VI Ca 365/17**

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 15.03.2017 r. sygn. akt KIO 434/17 k.22 skoroszytu stanowiącego załącznik do akt Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wykonawcy (...) S.A. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę S. dotyczącym udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie wykorzystania odnawialnych źródeł energii dzięki budowie instalacji kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych i użyteczności publicznej na terenie Gminy S..

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 25.12.2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Jego wartość szacunkowa nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – prawo zamówień publicznych, co potwierdził zarówno zamawiający w piśmie z dnia 8.03.2017 r. (...) przekazanym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, jak i odwołujący się wykonawca (...) S.A z siedzibą w W.. Odwołujący wniósł odwołanie dnia 6.03.2017 r. Jego przedmiotem były następujące czynności i zaniechania zamawiającego;

1. wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy D. K. M. w sytuacji, gdy, zdaniem odwołującego się, oferta tego wykonawcy podlegać powinna odrzuceniu z uwagi na niezgodność treści tej oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z treścią ustawy z dnia 19.01.2004 r. - prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), a także błąd w obliczeniu ceny;

2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. K. M. na podstawie art. 89 pkt. 1, pkt. 2 oraz pkt. 6 prawa zamówień publicznych, w sytuacji, gdy oferta ta była niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawierała błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji nieuprawnionego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień do treści oferty, doszło do zmiany ,treści oferty w sposób niedopuszczalny; niedopuszczalnym prowadzeniu negocjacji z wykonawcą D. K. M., wbrew zakazowi wynikającemu art. 87 prawa zamówień publicznych, skutkiem czego doszło do niedopuszczalnej zmiany treści tej oferty i dostosowania jej do wymagań zamawiającego;

3. zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ i nie podlega odrzuceniu;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu;

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy D. mimo, iż treść oferty złożonej w postępowaniu pozostaje niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, z uwagi na zastosowanie przez Wykonawcę błędnego formularza cenowego, a w konsekwencji niepodanie w formularzu cenowym informacji wymaganych przez Zamawiającego, istotnych z punktu widzenia prowadzenia postępowania i następnie realizacji umowy;

2. naruszenie art. 87 ust. 1 prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie z Wykonawcą D. nieuprawnionych negocjacji co do treści oferty, które miały doprowadzić do ujęcia w jej treści informacji pierwotnie w niej niezawartych, skutkiem czego doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty, po jej złożeniu;

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy D., mimo błędu w obliczeniu ceny oferty polegającej na zastosowaniu pierwotnie do wyliczenia ceny brutto oferty takiej samej stawki VAT do instalacji obiektów na różnych budynkach do których zastosowanie winny znaleźć różne stawki podatkowe, a następnie na skutek nieuprawnionych wyjaśnień zmianę tych wyliczeń i zastosowanie zastosowania różnych stawek podatku VAT;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 in fine, w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy - praw zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy D. mimo, iż jest ona niezgodna z ustawą PZP bowiem doszło do nieuprawnionej zmiany tej oferty po terminie jej złożenia;

5. naruszenie art. 91 ust. 1 prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty (...) podlegającej odrzuceniu, niezgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty;

6. w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nieuprawnione niekorzystne traktowanie Wykonawców, których oferty powinny zostać odrzucone z postępowania, a w konsekwencji nieuprawnione dowolne rozstrzygnięcie postępowania;

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o;

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty (...) K. M., w oparciu o wskazane wyżej] podstawy prawne i ujęte w dalszej treści odwołania uzasadnienie faktyczne;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy D. K. M.;

4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie.

Od wskazanego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.03.2017 r. sygn. akt KIO 434/17 k.22 skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dnia 5.04.2017 r. k.2-20 zarzucając co następuje;

1. naruszenie art. 180 ust. 2 pkt. 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy – prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż w pojęciu „wybór najkorzystniejszej oferty” nie mieści się zaniechanie odrzucenia oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, czego konsekwencją było uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - prawo zamówień publicznych od wyboru oferty najkorzystniejszej, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega nieprawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego oferty, która powinna była zostać przez niego odrzucona;

2. naruszenie art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy - prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia. Iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty, która winna była zostać przez zamawiającego uprzednio odrzucona. dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 powołanej ustawy.

Wskazując na powyższe Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt. 4 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy - prawo zamówień publicznych, oraz nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego stosownie do art. 102 k.p.c.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest zasadna, natomiast odwołanie wykonawcy (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. jest niezasadne.

I. Skarga została obszernie umotywowana z rozbiciem na uzasadnienie formalne skargi, przedstawienie stanu faktycznego oraz właściwe uzasadnienie zarzutów skargi zawarte w pkt. III uzasadnienia (por. k.6-19 skargi). Uzasadnienie to obejmuje wykładnię kluczowego w sprawie art. 180 prawa zamówień publicznych, w szczególności po nowelizacji dokonanej na podstawie art. 1 pkt. 159 ustawy nowelizującej, na tle innych przepisów powołanej ustawy oraz z uwzględnieniem wypracowanego w tym zakresie orzecznictwa sądowego. Przytaczanie in extenso argumentacji zawartej w uzasadnieniu skargi jest zbędne, ponieważ stanowiłoby to powtarzanie argumentacji znanej stronom, także stąd, że niniejsza sprawa jest kolejną z szeregu identycznych spraw, w tym sensie, że spór pomiędzy Krajową Izbą Odwoławczą a Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych dotyczy wykładni i stosowanie art. 180 ust. 2 pkt. 6 prawa zamówień publicznych.

II, W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera fragment uzasadnienia skargi na k.17, gdzie wyliczono orzeczenia sądów uwzględniające skargi Prezesa Urzędu, zmieniające zaskarżone postanowienia i merytorycznie rozstrzygające sprawy odwoławcze. Argumentacja ta ma istotne znaczenie, wobec podniesienia przez Krajową Izbą Odwoławczą argumentu odwołującego się do jednolitości stanowiska I. na tle wykładni art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy - prawo zamówień publicznych. Na k.29 uzasadnienia zaskarżonego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej wymieniono 13 postanowień wydanych w analogicznych sprawach w okresie od 5.09.2016 r. do 1.03.2017 r., w których zajęto stanowisko jak w zaskarżonym postanowieniu, jak również wskazano na 2 orzeczenia sądowe aprobujące to stanowisko. Argument odwołującego się do jednolitości stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej nie można uznać za przekonujący, ponieważ, wprawdzie stanowisko I. w przedmiotowej kwestii jest rzeczywiście

jednolite, ale nie może być uznane za miarodajne, skoro wskazane orzeczenia I. nie mają charakteru ostatecznego, a złożone od wspomnianych postanowień skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zostały w przeważającej części uwzględnione przez rozpoznające je Sądy Okręgowe. Wymieniona lista obejmuje następujące pozycje;

1. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie dnia 21.12.2016 r. sygn. akt IX Ga 502/16);
2. wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22.12.2016 r. sygn. akt II Ca 1461/16;
3. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 20.01.2017 r. sygn. akt XII Ga 1018/16;
4. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13.02.2017 r. sygn. akt XIX Ga 3/17;
5. wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 16.02.2017 r. sygn. akt I Ca 399/16;
6. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia z dnia 9.03.2017 r. sygn. akt II Ca 145/17);
7. wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 14.03.2017 r. sygn. akt II Ca 1626/16;
8. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21.03.2017 r. sygn. akt VI Ga 60/17;
9. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29.03.2017 r. sygn. akt II Ca 115/17;
10. wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 4.04.2017 r. sygn. akt VI Ga 56/17.

Podczas rozprawy apelacyjnej dnia 24.05.2017 r. powyższa lista została uzupełniona o kolejne orzeczenia, a mianowicie; wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 9.03.2017 r. sygn. akt II Ca 116/17, wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 4.04.2017 r. sygn. akt VI Ga 51/17 i wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 17.03.2017 r. sygn. akt VII Ga 61/17.

III. Uzasadnienia wskazanych orzeczeń wskazują szerokie spektrum argumentów przemawiających za stanowiskiem zajęтым przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

1. Przede wszystkim aprobuja one uwzględnienie w toku wykładni art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy - prawo zamówień publicznych różnych postaci wykładni, w tym także ratio legis nowelizacji ustawy, a nie tylko ograniczenie się do wykładni językowej i to zawężającej. Wprawdzie faktycznie Ustawodawca nie wskazał wprost, jako odrębnej przesłanki z art. 180 ust 2 ustawy zaniechania odrzucenia oferty sprzecznej z przepisami ustawy, to jednak dopuszczając możliwość wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarazem nie wprowadził jakiegokolwiek regulacji zawężającej to pojęcie, wobec czego Izba nie jest uprawniona do dokonania zawężającej wykładni prawotwórczej, co w istocie uczyniła. Tak trafnie zdefiniował od strony technicznej wykładnię art. 180 ust 2 prawa zamówień publicznych dokonywaną przez Krajową Izbą Odwoławczą Sąd Okręgowy w Krakowie, zauważając ponadto sprzeczność w stanowisku I., która, z jednej strony dostrzega zamiar ustawodawcy rozszerzenia możliwości wnoszenia odwołania w postępowaniu o udzielenie tzw. zamówienia podprogowego, a z drugiej uniemożliwia wykonawcy skorzystanie z tego prawa, czyniąc je iluzorycznym na skutek określonego stosowania prawa (por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 20.01.2017 r. sygn. akt XII Ga 1018/16 k.47v i k.48).

2. Przyjęcie wąskiej, literalnej wykładni przesłanek z art. 180 ust 2 pkt. 6 ustawy - prawo zamówień publicznych oznaczałoby pozbawienie wykonawców prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być odrzucona przez zamawiającego, a co za tym idzie możliwości zweryfikowania przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty. To zaś byłoby nie do pogodzenia z celem całej ustawy, którym jest wyłonienie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, tzn. odpowiadającą wymaganiom opisanym w specyfikacji, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a przy tym daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Dalej byłoby to nie do pogodzenia z zasadami przejrzystości i legalności postępowania w sprawie zamówienia publicznego statuowanymi w treści art. 7 powołanej ustawy. Przy oczywistym spostrzeżeniu, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ukoronowaniem szeregu poprzedzających ją działań lub zaniechań, a nie ma znaczenia, jaki element procesu decyzyjnego był wadliwy, to przyjęta przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładnia zwięzająca, ogranicza możliwość jej weryfikacji przez wykonawców, a chodzi przecież o najistotniejszą czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego winna ona podlegać w możliwie najszerszym zakresie. Wykładnia zwięzająca nie ma uzasadnienia (por. np. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29.03.2017 r. sygn. akt II Ca 115/17).

4. Podobną argumentację przytaczają: Sąd Okręgowy w Koninie oraz Sąd Okręgowy w Lublinie, odwołując się do sprzeczności stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej z celem i sensem zmian dokonanych ustawą nowelizującą. Chodziło w niej o rozszerzenie podstaw do składania odwołań w tzw. postępowaniach podprogowych a więc zwiększenie ochrony prawnej wykonawców, dlatego wyłączenie możliwości zakwestionowania wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, stwarzałoby pole do nadużyć pozostających poza kontrolą podważając tym samym sens procedury odwoławczej. Poza kontrolą znalazłyby się naruszenia prawa na etapie poprzedzającym wybór oferty najkorzystniejszej. Przepis art. 180 ust. 2 pkt. 6 prawa zamówień publicznych musi być interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1, nie tylko z art. 2 pkt. 5 powołanej ustawy, który jedynie definiuje pojęcie najkorzystniejszej oferty, a nie procedurę jej wyboru (por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 4.04.2017 r. sygn. akt II Ca 51/17 str. 15).

5. Podsumowaniem tych rozważań jest następujące stwierdzenie zawarte w powołanym uzasadnieniu str. 14: "... Przez wybór najkorzystniejszej oferty należy zatem rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji o wyborze ofert...". Oferta, która podlega odrzuceniu nie może zostać uznana za najkorzystniejszą, nie można też wykluczyć dopuszczalności wniesienia odwołania przez wykonawcę również i z tej przyczyny. Ponieważ postępowania podprogowe stanowią przeważającą część postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowią nieznaczną odsetek postępowań, w których są wnoszone odwołania, nastąpiła interwencja ustawodawcy polegająca na poszerzeniu możliwości kwestionowania bezprawnych czynności zamawiających w najczęściej wszczynanych postępowaniach przetargowych. Wykładnia art. 180 ust. 2 pkt. 6 prawa zamówień publicznych przez Krajową Izbę Odwoławczą niweczy takie założenie ustawodawcy. Sąd Okręgowy orzekający w sprawie niniejszej podziela powyżej przytoczone stanowiska Sądów Okręgowych wraz ze wspierającą jej argumentacją.

Uwzględnienie skargi spowodowało konieczność wydania wyroku co do istoty sprawy.

IV. Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy - prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. mimo, iż, zdaniem odwołującego się, treść tej oferty złożonej w postępowaniu pozostaje niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, z uwagi na zastosowanie przez wykonawcę błędnego formularza cenowego, a w konsekwencji niepodanie w formularzu cenowym informacji wymaganych przez zamawiającego, istotnych z punktu widzenia prowadzenia postępowania i następnie realizacji umowy. Zarzut odwołującego się odnośnie skutków załączenia przez wykonawcę D. pierwotnej kalkulacji cenowej, zamiast zmodyfikowanej, tzn. dającej możliwość rozbicia różniących się cen instalacji w poszczególnych budynkach, a mianowicie nieotrzymanie przez zamawiającego od tego wykonawcy informacji przez niego wymaganych i istotnych z punktu widzenia prowadzenia postępowania i następnie realizacji umowy, nie został podzielony przez samego zamawiającego. Uznał on bowiem, że dysponował wszelkimi niezbędnymi informacjami od wszystkich oferentów dla właściwego wyboru oferty najkorzystniejszej (por. następujący fragment odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 10.03.2017 r. str. 3: "...W ocenie Zamawiającego Wykonawca podał wszystkie elementy i informacje wymagane przez Zamawiającego, istotne w punktu widzenia prowadzenia postępowania i następnie realizacji umowy..."). Uchybienie polegające na braku wyszczególnienia zestawów solarnych dla budynków mieszkalnych o powierzchni przekraczającej 300 m<sup>2</sup> oraz dla budynków użyteczności publicznej w ramach danego rodzaju zestawu, stosownie do zmienionego załącznika nr 7 nie spowodowało zmiany ani ilości ani rodzaju zestawów, ani też innych istotny

elementów zamówienia. Uchybienie dotyczyło jedynie formy oferty, ale nie dotyczyło jej treści. Skoro oferta D. obejmowała wszystkie elementy przedmiotu zamówienia wymagane przez zamawiającego i nie zawierała żadnych niedopuszczalnych zmian w zakresie ilości bądź rodzaju zestawów solarnych, to należy podzielić ocenę zamawiającego, zgodnie z którą nie może być mowy o istotnej i niewątpliwiej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, prowadzącej do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zamówieniach publicznych.

V. Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych poprzez prowadzenie z wykonawcą D. nieuprawnionych negocjacji co do treści oferty, które miały doprowadzić do ujęcia w jej treści informacji pierwotnie w niej niezawartych, skutkiem czego doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty, po jej złożeniu. Skarżąca w sposób nieuprawniony zrównuje procedurę wyjaśniania treści oferty, niezbędna w przypadku pojawienia się wątpliwości co do treści złożonej oferty z nieuprawnionymi negocjacjami. Procedura ta w okolicznościach sprawy była uzasadniona, a jej zastosowanie nie doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści oferty. Pomimo obszernego uzasadnienia odwołujący się nie wyjaśnia na czym konkretnie polegała zmiana pierwotnej oferty złożonej przez wykonawcę D., tzn. który konkretnie jej element został zmieniony. Udzielone wyjaśnienia nie są zmianą treści oferty, ponieważ nie zmieniły one istotnych elementów przesądzających o tożsamości takiej oferty. Uzasadnienie odwołania budzi wątpliwości czy chodzi tu o zmianę faktycznie dokonaną czy tylko hipotetyczną (por. następujący fragment uzasadnienia tego zarzutu k.95: „...Nie ma bowiem wątpliwości, że gdyby wyjaśnienia treści SIWZ były uwzględnione w ofercie Wykonawcy D. zastosowałby on nowy formularz cenowy, a przede wszystkim doszłoby do zróżnicowania cen brutto instalacji dla poszczególnych budynków...”). Użyty tryb przypuszczający wskazuje na tę drugą ewentualność, tzn. zmianę która faktycznie nie została dokonana.

VI. Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy D., mimo błędu w obliczeniu ceny oferty polegającej na zastosowaniu pierwotnie do wyliczenia ceny brutto oferty takiej samej stawki VAT do instalacji obiektów na różnych budynkach do których zastosowanie winny znaleźć różne stawki podatkowe, a następnie na skutek nieuprawnionych wyjaśnień zmianę tych wyliczeń i zastosowanie zastosowania różnych stawek podatku VAT. Zarzut ten mógłby zasługiwać na uwzględnienie w przypadku gdyby zamawiający zażądał od wykonawców podania w ofertach stawki podatku VAT. Zamawiający jednak tego nie wymagał. Domagał się podania cen brutto, bez wyodrębnienia stawki podatku VAT. Wprawdzie w toku wyjaśnień zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnienia, jakie stawki podatku VAT zostały zastosowane w ofertach, ponieważ jednak nie spowodowało to zmiany ofert, nie może stanowić podstawy do zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy z powołaniem się na błąd w obliczeniu ceny z powodu zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT.

VII. Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 in fine, w zw. z art. 82 ust. 1 prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. mimo, iż jest ona niezgodna z ustawą PZP bowiem doszło do nieuprawnionej zmiany tej oferty po terminie jej złożenia. Kwestia ta została już częściowo omówiona powyżej w pkt. II. Sąd Okręgowy podziela ocenę zamawiającego, że do zmiany oferty nie doszło. Złożone zostały wyjaśnienia dotyczące poszczególnych pozycji kalkulacji cenowej, ale nie spowodowało to uzupełnienia oferty o żadne dodatkowe dokumenty, ani też nie zmieniło zakresu przedmiotu zamówienia oraz jego ceny. Rozumowanie zakładające nieprawidłowość w obliczeniu ceny przez D. polegającą na braku ich zróżnicowania w sytuacji gdy poszczególne urządzenia się nie różnią, natomiast zróżnicowane są stawki podatku VAT nie jest wystarczające do wykazania tego zarzutu, ponieważ nie uwzględnia uprawnienia wykonawcy do samodzielnego kalkulowania ceny oferty, przy uwzględnieniu jej całości, rozbicia na poszczególne elementy, oraz najróżniejszych czynników związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Zamawiający nie może bez uzasadnienia ingerować w swobodę działalności gospodarczej, natomiast zarzuty odwołującego muszą być oparte na wskazaniu konkretnych i istotnych naruszeń prawa, a nie domniemaniach opartych na założeniach i rozumowaniu noszącym znamiona nadinterpretacji.

VIII. Nietrafne są zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty (...) podlegającej odrzuceniu, niezgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z

zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W sytuacji gdy brak było podstaw do odrzucenia oferty (...), zasadną była ocena zamawiającego o wyborze jako jej oferty jako najkorzystniejszej. Zaoferowana cena była najniższa, a nie było podstaw do uznania jej za rażąco zaniżonej. Zasadne argumenty przemawiające za taką oceną znajdują się w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 10.03.2017 r. str. 6.

Mając na względzie wskazane argumenty Sąd odwoławczy na podstawie art. 198 lit. f ust. 2 prawa zamówień publicznych zmienił zaskarżone postanowienie i oddalił odwołanie. O kosztach orzeczono na podstawie art. 102 k.p.c.