Sygn. akt: KIO 2372/20

WYROK
z dnia 30 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020r. przez **wykonawcę ESE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Ozimek z siedzibą w Ozimku, ul. Ks. J. Dzierżona 4b**
przy udziale **wykonawcy SSI Schäfer spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raduńska 4A** zgłaszający swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2372/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie ,
2 . Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę ESE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21** i:
2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ESE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **wykonawcy ESE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21** na rzecz zamawiającego **Gmina Ozimek z siedzibą w Ozimku, ul. Ks. J. Dzierżona 4b** kwotę 3 600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 2372/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pojemników do selektywnej zbiórki odpadów na terenie gminy Ozimek, Część 1 Dostawa pojemników o pojemności do 400 litrów zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lipca 2020r. za numerem 2020/S 135-331767.
W dniu 11 września 2020r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy SSI Schäfer spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raduńska 4A.
W dniu 21 września 2020r. ESE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 września 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 września 2020r.
Odwołanie zostało wniesione przeciwko
1.dokonaniu czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SSI Schäfer sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („SSI") - jako najkorzystniejszej, mimo że oferta SSI powinna podlegać odrzuceniu a SSI wykluczeniu z postępowania;
2.dokonaniu czynności wezwania SSI do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy, mimo, że oferta SSI powinna podlegać odrzuceniu i nie powinna być najwyżej oceniona;
3.dokonania czynności poprawienia omyłki rachunkowej w sposób bezpodstawny, pomimo, że oferta SSI zawiera błąd w obliczeniu ceny i powinna podlegać odrzuceniu;
4.zaniechania dokonania prawidłowej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu i zaniechania wyboru oferty odwołującego - jako najkorzystniejszej;
5.zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty SSI z powodu błędu w obliczeniu ceny;
6.zaniechania dokonania czynności wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
7.ewentualnie zaniechania dokonania czynności wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI wprowadził zamawiającego błąd w zakresie braku podstąp do wykluczenia lub mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1.art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty SSI, jako najkorzystniejszej, mimo, że oferta powinna zostać odrzucona z powodu błędu w obliczeniu ceny i tym samym jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający powinien wybrać ofertę odwołującego;
2.art. 26 ust. 1 ustawy przez wezwanie SSI do złożenia dokumentów i oświadczeń, mimo, . że oferta SSI powinna zostać odrzucona z powodu błędu w obliczeniu ceny i nie powinna zostać najwyżej oceniona w oparciu o wskazany przepis;
3.art. 87 ust. 2 punkt 2) ustawy przez poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie SSI, mimo, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
4.art. 89 ust. 1 punkt 6) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SSI, która zawiera błąd w obliczeniu ceny;
5.art. 24 ust. 1 punkt 12) ustawy w związku z art. 26 ust. 3 oraz 26 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI nie wykazał prawidłowo braku podstaw wykluczenia;
6.ewentualnie, art. 24 ust. 1 punkt 16 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

7.ewentualnie, art. 24 ust. 1 punkt 17 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Wniósł o:
1)merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania przez Krajową izbę Odwoławczą,
2)nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:
a.unieważnienia czynności wyboru oferty SSI jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
b.dokonania ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonanie czynności odrzucenia oferty SSI lub wykluczenia SSI z postępowania;
c.dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
3)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według złożonej na rozprawie faktury pro forma.
Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą, ponieważ przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert. W niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.
Do dnia składania ofert w postępowaniu, które miało miejsce w dniu 18 sierpnia 2020 r. wpłynęły dwie oferty: (i) oferta SSI z ceną 1.134.749,68 zł brutto oraz (ii) oferta odwołującego z ceną 1.345.130,45 złotych brutto.
Dowód: informacja z otwarcia ofert z 18 sierpnia 2020 r.
Zgodnie z Rozdziałem XXI punkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), ofertę należało sporządzić na podstawie formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 2 dla Części 1 postępowania. Zgodnie natomiast z Rozdziałem XXII SIWZ każdy z wykonawców był zobowiązany podać cenę z wykorzystaniem formularza ofertowego - Załącznik nr 2. Załącznik ten wskazywał cenę ryczałtową za całość zamówienia oraz ceny jednostkowe za poszczególne oferowane pojemniki.
Ceny jednostkowe w formularzu ofertowym powinny być natomiast wskazane jako cena brutto za jedną sztukę danego pojemnika oraz łączna cena brutto za dany rodzaj pojemnika, tj. cena brutto za jedną sztukę pojemnika x ilość sztuk.
Dowód: SIWZ wraz z Załącznikami.
Częścią SIWZ był projekt umowy. W treści paragrafu 1 ust. 7 umowy zamawiający wskazał, że „Ceny jednostkowe określone w ofercie są niezmienne w okresie obowiązywania umowy.” Z kolei w paragrafie 2 ust. 2 projektu umowy zamawiający przewidział sposób dostawy tych pojemników partiami w następujący sposób: „Dostawa pojemników nastąpi partiami w ilości nie mniejszej niż 100 sztuk i nie większej niż 2000 sztuk. Pierwsza dostawa nastąpi nie później niż do dnia (nie później niż do dnia 31.10.2020 r.). Ostatnia dostawa nastąpi nie później niż do dnia 15.12.2020 r. Ostatnie zamówienie może obejmować ilość mniejszą niż minimalna określona w zdaniu poprzednim.”
Dowód: projekt umowy dla Części 1.
W formularzu ofertowym SSI wskazało cenę netto w wysokości 1.049.493,11 złotych, podatek VAT w wysokości 23% i kwocie 85.256,56 złotych, oraz cenę brutto w wysokości 1.134.749.678 złotych. Dodatkowo SSI wskazało ceny jednostkowe za pojemniki.
Dowód: formularz ofertowy złożony przez SSI.
W trakcie postępowania pismem z dnia 19 sierpnia 2020 r. zamawiający działając na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 punkt 1) ustawy zawiadomił o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie SSI w ten sposób, że zmienił kwotę podatku VAT z kwoty 85.256,56 złotych na kwotę 241.383,42 złotych, oraz zmienił cenę brutto oferty SSI z kwoty 1.134.749.678 złotych na kwotę 1.290.876,53 złotych.
Jednocześnie w tym samym piśmie zamawiający wskazał, że omyłka wynika z omyłkowej operacji rachunkowej na liczbach (nieprawidłowo wyliczonej kwoty VAT przy prawidłowym wyliczeniu cen jednostkowych za pojemniki - podkreślenie Odwołujący).
Dowód: pismo zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2020 r.
Pismem z dnia 26 sierpnia 2020 r. zamawiający wystąpił do SSI w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w Rozdziale XIII SIWZ w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania (aktualnych na dzień złożenia oświadczeń), w tym informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 punkt 13 oraz 14 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. zamawiający wyznaczył termin na złożenie oświadczeń i dokumentów do dnia 07 września 2020 r. do godziny 17:00.
Dowód: pismo zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2020 r.
Do upływu terminu wskazanego przez zamawiającego, SSI przedłożył oświadczenia i dokumenty, za wyjątkiem informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Prezesa Zarządu Spółki, Pana H. B. . zamawiający w dniu 07 września 2020 r. wezwał SSI - działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia brakującego dokumentu do dnia 8 września 2020 r. do godziny 15:30.
Dowód: akta postępowania, pismo zamawiającego z dnia 07 września 2020 r.
Pismem z dnia 08 września 2020 r. SSI poprosił zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie zaświadczenia z KRK, wskazując przy tym, że w dotychczasowych postępowaniach przetargowych, w których brał udział SSI wymóg przedłożenia informacji z KRK dotyczył wyłącznie Pana M. L., który jako prokurent samoistny reprezentował Spółkę w postępowaniach. W związku z tym Pan H. B. nie jest obecnie w posiadaniu aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.
Dowód: pismo SSI z dnia 07 września 2020 r.
Zamawiający pismem z dnia 08 września 2020 r. zgodził się na przedłużenie terminu na złożenie brakującego dokumentu do dnia 14 września 2020 r. do godziny 17:00. W dniu 11 września 2020 r. SSI złożyło brakujący dokument (zaświadczenie z KRK dla Pana H. B.) datowany na dzień 11 września 2020 r.
Dowód: pismo zamawiającego z dnia 08 września 2020 r., zaświadczenie z KRK dla Pana H. B. z dnia 11 września 2020 r.
W dniu 11 września 2020 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając w postępowaniu ofertę SSI.
Dowód: informacja z dnia 11 września 2020 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej.
Omyłka rachunkowa i błąd w obliczeniu ceny - art. 87 ust. 2 punkt 2) oraz 89 ust. 1 punkt 6) ustawy:

W pierwszej kolejności odwołujący zauważył, że prawdopodobnie błędnie w piśmie z dnia 19 sierpnia 2020 r. zamawiający przywołał treść przepisu art. 87 ust. 2 punkt 1) ustawy jako podstawę dokonania poprawienia stwierdzonej omyłki. Treść przepisu art. 87 ust. 2 punkt 1) ustawy dotyczy poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, natomiast zamawiający (co wynika z uzasadnienia) dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, gdyż dokonał poprawienia omyłki w obliczeniu ceny ofertowej brutto, przez wyliczenie prawidłowej kwoty VAT i doliczenie jej do ceny oferty netto, otrzymując prawidłową (rzekomo) kwotę brutto oferty.
Z uwagi na powyższe podstawą dokonania zmian w tym zakresie powinien być przepis art. 87 ust. 2 punkt 2) ustawy, który wyraźnie stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.
Bez względu na błędnie podaną przez zamawiającego podstawę prawną, odwołujący obecnie kwestionuje możliwość zakwalifikowania błędu wykonawcy SSI jako omyłki rachunkowej.
Zamawiający w treści pisma z dnia 18 sierpnia 2020 r. wskazał, że doszedł do wniosku, że SSI „prawidłowo wyliczył ceny jednostkowe", a jedyną rzekomą omyłką jest nieprawidłowa kwota podatku VAT, a co za tym idzie również cena brutto, za którą SSI zamierza zrealizować zamówienia.
Zamawiający w ocenie odwołującego przeoczył jednak, że wszystkie ceny jednostkowe brutto za poszczególne rodzaje pojemników są błędnie wyliczone, nie są logiczne, w konsekwencji również jako: (i) łączna cena brutto za dany rodzaj pojemnika oraz (ii) łączna cena brutto za wszystkie pojemniki.
Dla zobrazowania błędu, odwołujący podał ceny podane przez SSI w formularzu ofertowym:
240 niebieski - cena jedn. 156,23 ilość sztuk 22 cena łącznie 3 437,16
120 zielony – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2000 cena łącznie 156 126,85
240 zielony – cena jedn. 156,23 ilość sztuk 32 łącznie 4 999,51
240 żółty – cena jedn. 115,46 ilość sztuk 4400 łącznie 508 462,81
360 żółty – cena jedn. 263,98 ilość sztuk 30 łącznie 7 919,48
120 antracyt – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2200 łącznie 171 739,54
240 antracyt – cena jedn. 112,87 ilość sztuk 1124 łącznie 126 861,42
360 antracyt – cena jedn. 263,98 ilość sztuk 20 łącznie 5 279,65
120 brązowy – cen a jedn. 78,06 ilość sztuk 2200 łącznie 171 739,54
240 brązowy – cena jedn. 112,87 ilość sztuk 1190 łącznie 134 310,58
Suma ceny brutto za wszystkie pojemniki wskazana przez SSI wynosi zatem według rozbicia cen jednostkowych: 1.290.876,26 złote brutto.
SSI popełniło jednak zdaniem odwołującego w każdym wierszu błąd w obliczeniu ceny, albowiem dokonując czynności mnożenia ceny brutto za 1 sztukę każdego rodzaju pojemnika przez ilość sztuk pojemników w danej pozycji - wyniki są inne. Odwołujący przedstawił według niego prawidłowe matematycznie wyliczenie łącznej ceny brutto za dany rodzaj pojemnika:
240 niebieski – cena jedn. 156,23 ilość sztuk 22 łącznie 3 437,06
120 zielony – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2000 łącznie 156 120,00
240 zielony – cena jedn. 156,23 ilość sztuk 32 łącznie 4 999,36
240 żółty – cena jedn. 115,46 ilość sztuk 4400 łącznie 508 024,00
360 żółty – cena jedn. 263,98 ilość sztuk 30 łącznie 7 919,40
120 antracyt – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2200 łącznie 171 732,00
240 antracyt – cena jedn. 112,87 ilość sztuk 1124 łącznie 126 865,88
360 antracyt – cena jedn. 263,98 ilość sztuk 20 łącznie 5 279,60
120 brązowy – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2200 łącznie 171 732,00
240 brązowy – cena jedn. 112,87 ilość sztuk 1190 łącznie 134 315,30
Prawidłowa suma wszystkich pozycji dotyczących łącznej ceny brutto za dany rodzaj pojemnika powinna w ocenie odwołującego wynosić zatem 1.290.424,60 złotych, a nie - jak wskazano w formularzu ofertowym, po dokonaniu przez zamawiającego poprawienia ceny oferty brutto SSI -1.290.876,53 złotych.
Biorąc pod uwagę powyższe, z formularza ofertowego można wywieść następujące różniące się od siebie ceny brutto za realizację zamówienia:
- cena brutto z punktu 1 formularza: 1.134.749,678 złotych;
- cena brutto z punktu 1 formularza w wyniku poprawienia przez zamawiającego: 1.290.870,53 złotych;
- łączna cena brutto wynikająca z rzekomej sumy cen brutto (gdyż jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2020 r. ceny te wyliczono prawidłowo) za poszczególne rodzaje pojemników: 1.290.876,24 złotych;
- prawidłowa matematycznie łączna cena brutto wynikająca z sumy cen brutto za poszczególne rodzaje pojemników, obliczona przez odwołującego: 1.290.424,60 złotych.
Według odwołującego żadna z tych kwot nie jest ze sobą spójna. Przyjmując (tak jak błędnie to uczynił zamawiający), że omyłka wystąpiła w kwocie podatku VAT i trzeba poprawić wyłącznie cenę brutto jako konsekwencję rachunkową, nie jest wiadome w jaki sposób poprawioną kwotę brutto przez zamawiającego, tj. 1.290.876,53 zł, należy odnieść do poprawnej matematycznie kwoty (łącznej) ceny brutto za poszczególne rodzaje pojemników , tj. 1.290.424,60 zł.
Z uwagi na powyższe nie jest możliwe wykonanie działania arytmetycznego ani też logicznego, które pozwoliłoby ustalić, za jaką faktycznie cenę, SSI zaoferowało wykonanie zamówienia i gdzie faktycznie wystąpił błąd, tj.: (i) na etapie oferowania ceny jednostkowej za dany rodzaj pojemnika, (ii) na etapie sumowania tych kwot, czy (iii) może na etapie ceny oferty netto lub brutto.
Nie ulega wątpliwości, że ramach ceny ofertowej, która występuje na gruncie Prawa zamówień publicznych, możemy rozważać tylko wyłącznie cenę brutto. Wynika to z treści przepisu art. 2 punkt 1), która w zakresie definicji ceny odsyła do ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178). Ceną jest zatem wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym.
W świetle powyższego, zdaniem odwołującego nie można zatem uznać, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową, dlatego, że nie jest możliwe ustalenie - bez negocjacji z SSI - jaką właściwe cenę zaoferował. Tym samym, SSI w ofercie popełnił błąd w obliczeniu ceny na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 punkt 6) ustawy - czego zamawiający zaniechał.
Zakwalifikowanie ujawnionej w ofercie nieprawidłowości jako błędu w obliczeniu ceny skutkuje bezwzględnym obowiązkiem odrzucenia oferty przez zamawiającego, co służy zachowaniu zasad równego traktowania wykonawców i

uczciwej konkurencji.
W świetle art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy istnienie w ofercie błędu w obliczeniu ceny (kosztu) determinuje bezwzględny obowiązek zamawiającego do jej odrzucenia, a co za tym idzie - eliminuje jakąkolwiek możliwość konwalidacji takiej oferty.
Odwołujący przywołał wyrok : z 26 stycznia 2018 r. (KIO 95/18),
Błąd, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy, należy rozpatrywać również jako wada oświadczenia woli w rozumieniu ustawy Kodeks cywilny („KC") i ustalenie znaczenia tego pojęcia za pomocą regulacji prawa cywilnego, do którego odsyła art. 14 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 84 § 1 KC w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków oświadczenia woli, przy czym w myśl art. 84 § 2 KC można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Cywilistyczne podejście pozwala więc rozróżnić: błędy nieistotne, niemające wpływu na treść oświadczenia, oraz błędy istotne, ingerujące w treść oświadczenia, których zaistnienie umożliwia uchylenie się od skutków prawnych jego złożenia. Przenosząc powyższe na grunt ustawy, zdaniem odwołującego można stwierdzić, że błędem w obliczeniu ceny będzie błąd istotny w rozumieniu KC, czyli wada oświadczenia woli polegająca na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu o istniejącym stanie faktycznym lub treści czynności prawnej, w tym dotyczącym przedmiotu i jego zakresu (błąd co do faktu), którego konwalidacja ingeruje w treść oświadczenia. Za takim rozumieniem błędu w obliczeniu ceny opowiada się w licznych orzeczeniach KIO np. w wyroku z 30 lipca 2010 r. (KIO/UZP 1528/10), w wyroku KIO: z 24 kwietnia 2018 r., KIO 624/18, KIO 645/18; z 21 sierpnia 2017 r„ KIO 1600/17)
Oceny, czy oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, nie determinuje uznanie, że błąd ten jest wynikiem zamierzonego, świadomego działania wykonawcy (wina umyślna), ani uznanie, że jest on efektem niedbalstwa wykonawcy (wina nieumyślna). Błąd, jako skutek nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, należy rozpatrywać w kategoriach obiektywnych, niezależnie od motywów kierujących wykonawcą. Odrzucenie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny służy zachowaniu porównywalności ofert, o której można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł.
Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2020 r. (KIO 2625/19).
Odwołujący podkreślił, że na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 punkt 12) ustawy zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowanie, jeśli ten - w określonym terminie - nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.
W postępowaniu, zamawiający błędnie przyjął, że SSI wykazał brak podstaw do wykluczenia, przedstawiając zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla Prezesa Zarządu, dopiero w dniu 11 września 2020 r., zamiast z końcem upływu terminu zakreślonego przez zamawiającego, czyli w dniu 7 września 2020 r.
Do dnia 7 września 2020 r. SSI miało obowiązek złożyć absolutnie wszystkie oświadczenie i dokumenty wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 28 sierpnia 2020 r., a wśród nich zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego zgodnie z żądaniem zamawiającego, treścią SIWZ, oraz przepisu art. 24 ust 1 punkt 13 i 14 ustawy. Zgodnie z tym ostatnim przepisem (art. 24 ust. 1 punkt 14) ustawy) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.
SSI złożył zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta samoistnego oraz podmiotu zbiorowego - spółki SSI Schäfer sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w terminie do 07 września 2020 r.
Dopiero w wyniku wezwania zamawiającego z dnia 07 września 2020 r. w trybie art. 26 ust 3 ustawy, SSI „zorientował się", że takie zaświadczenie o niekaralności dla urzędującego członka organu zarządzającego jest w ogóle wymagane przepisami ustawy oraz treścią SIWZ i żądaniem zamawiającego - o czym świadczy przywołana treść oświadczenia SSI o treści: „w dotychczasowych postępowaniach przetargowych, w których brał udział SSI wymóg przedłożenia informacji z KRK dotyczył wyłącznie Pana M. L., który jako prokurent samoistny reprezentował Spółkę w postępowaniach. W związku z tym Pan H. B. nie jest obecnie w posiadaniu aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego."
Powyższe zdaniem odwołującego oznacza, że SSI:
- złożył wraz z ofertą nieprawdziwe oświadczenie, iż na dzień składania ofert brak było w stosunku do niego podstaw wykluczenia, gdyż na ten dzień nie miał wiedzy, czy faktycznie Prezes Zarządu SSI Pan H. B. nie był karany, a zatem, czy rzeczywiście nie występują w stosunku do niego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 punkt 14 ustawy;
- nie miał zamiaru w terminie wyznaczonym przez zamawiającego (07 września 2020 r.) przedkładać zamawiającemu tego zaświadczenia, gdyż go nie posiadał, ale co istotniejsze, nie zdawał sobie sprawy z takiego obowiązku.
Faktem jest, iż zamawiający zwrócił się do SSI w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia omawianego dokumentu KRK. Nie wpływa to jednak w ocenie odwołującego na sposób i moment, w jaki należy potwierdzać fakt braku podstaw do wykluczenia. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie wskazuje żadnych dodatkowych terminów w zakresie potwierdzania okoliczności, o których wspomina treść artykułu 26 ust. 1 ustawy (co najmniej 10 dni) - w przypadku postępowania był to dzień 07 września 2020 r. Odwołujący zdaje sobie sprawę z istniejących rozbieżności w zakresie interpretacji relacji przepisu art. 26 ust. 3) ustawy do tej wskazanej w art. 26 ust. 1 ustawy, niemniej w tej konkretnej sytuacji, w której SSI z pełną świadomością przyznaje, że na dzień złożenia ofert, jak i dzień 07 września 2020 r. nie zamierzało potwierdzać wykazywania zamawiającemu braku podstaw do wykluczenia, rodziło obowiązek zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 punkt 12) ustawy.
Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2020 r. (KIO 905/20). Obowiązek wykluczenia SSI z powodu wprowadzenia w błąd - art. 24 ust. 1 punkt 16 i 17 ustawy.
Poniżej łącznie zostanie przedstawiona ocena powyższych podstaw wykluczenia, z uwagi że istnieje pomiędzy nimi faktyczne, jak i prawne powiązanie.
SSI w swojej ofercie przedstawił następujące informacje:
- w dokumencie JEDZ w Części III zatytułowanym „Podstawy wykluczenia", w punkcie A „Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo" SSI zaznaczyło w każdym punkcie odpowiedź „NIE"
Obecnie wobec stwierdzenia SSI o treści w dotychczasowych postępowaniach przetargowych, w których brał udział SSI wymóg przedłożenia informacji z KRK dotyczył wyłącznie Pana M. L., który jako prokurent samoistny reprezentował Spółkę w postępowaniach. W związku z tym Pan H. B. nie jest obecnie w posiadaniu aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego zachodzi duże prawdopodobieństwo, że SSI na dzień składania oferty oraz oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia wprowadził zamawiającego w błąd.
Obecnie przesłanki wykluczenia z powodu wprowadzenia w błąd, zostały sformułowanie w art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy.

Pierwsza ze wskazanych postaw wykluczenia stanowi, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji" lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.
Natomiast wykluczenie wykonawcy z drugiej podstawy jest możliwe w odniesieniu do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Elementem wspólnym obu przesłanek jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Błąd definiuje się w orzecznictwie jako stan rozbieżności pomiędzy rzeczywistością, a wyobrażeniem zamawiającego o niej lub jej odbiciu (wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r., KIO 567/17).
Każda z przesłanek wymaga, aby informacja przekazywana przez wykonawcę zamawiającemu spowodowała odmienne od rzeczywistego wyobrażenie zamawiającego o istniejącej sytuacji faktycznej. Wystąpienie takiej przesłanki jest zatem uzależnione od podmiotu wprowadzającego w błąd, a także od sposobu wprowadzenia w ten błąd.
W obu wskazanych przesłankach podmiotem kreującym mylne wyobrażenie zamawiającego o rzeczywistości jest wykonawca.
Odnosząc się do przesłanki rażącego niedbalstwa, w orzecznictwie przyjmuje się, iż rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się wdanej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: "Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2015 r., KIO 1726/15; także: wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2016 r., KIO 785/15).
W przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, wystarczające jest natomiast, aby wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd w sposób niezamierzony (wina nieumyślna) rozumiany jako niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, tj. na skutek niedbalstwa lub lekkomyślności.
Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu, stosuje się z mocy art. 14 ustawy przepisy kodeksu cywilnego („KC"), zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje przez niego podejmowane należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., KIO 728/17), (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2017 r., KIO 1004/17).
Z powyższego wynika, iż wykonawca jako profesjonalista powinien zwrócić szczególną uwagę na to w jaki sposób wypełnia dokumenty oraz oświadczenia składane wraz z ofertą w postępowaniu, tak aby uniknąć sytuacji wprowadzenia zamawiającego w błąd, ze względu na profesjonalny charakter jego działalności. Przepisy ustawy w zakresie potwierdzania braku podstaw do wykluczenia w zakresie niekaralności członów organów zarządzających danym podmiotem (wykonawcą), funkcjonują na tyle długo w systemie ustawy, że należy to uznać za wiedzę o charakterze elementarnym. Błąd w przekonaniu zamawiającego, który może skutkować wykluczeniem wykonawcy, może być również wynikiem lekkomyślności, która stanowi najlżejszy stopień winy nieumyślnej. Lekkomyślność najprościej określić jako stan, w którym wykonawca przewiduje, że podanie przez niego informacji może doprowadzić do powstania u zamawiającego mylnego przekonania o rzeczywistości, lecz bezpodstawnie ocenia, że taki efekt nie powstanie.
Skoro SSI do czasu wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy nie posiadało wiedzy co do karalności członka organu zarządzającego - a o tym zaświadcza jedynie informacja z Krajowego Rejestru Karnego, to nie mogło złożyć jednoznacznego oświadczenia o braku istnienia przesłanek wskazanych w JEDZ, w Części III punkt A.
Dodatkowo - co niezwykle dla odwołującego istotne - wykluczenie ze wskazanych podstaw wyłącza możliwość wezwania do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie przewiduje wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku dokumentów i oświadczeń zawierających informacje nieprawdziwe (wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2017 r., KIO 619/17; także: wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2017 r., KIO 1004/17).
W dniu 23 września 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 28 września 2020r. wykonawca SSI zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.
Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Oferta przystępującego została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, a zatem w przypadku oddalenia odwołania, przystępujący uzyska dla siebie przedmiotowe zamówienie.
Absurdalne jest dla przystępującego twierdzenie odwołującego zawarte w pkt 11.1.6 uzasadnienia odwołania, iż „wszystkie ceny jednostkowe brutto za poszczególne rodzaje pojemników są błędnie wyliczone, nie są logiczne (...) "
Cena jednostkowa brutto za dany rodzaj pojemnika była jedynie podawana w Formularzu Ofertowym i nie była nigdzie wyliczana. Nie wiadomo na jakiej podstawie odwołujący twierdzi, iż ceny te są nielogiczne. Co do zasady bowiem podane przez przystępującego ceny za pojemniki o pojemności 120 l są mniejsze od cen za pojemników 240 l, które z kolei są mniejsze od cen za pojemniki 360 l.
Istotnie doszło do omyłki rachunkowej w obliczeniu cen łącznej ceny brutto za dany rodzaj pojemnika oraz łącznej ceny brutto za wszystkie pojemniki.
Nie jest jednak prawdziwe twierdzenie odwołującego, iż „nie jest możliwe wykonanie działania arytmetycznego, ani też logicznego, które pozwoliłoby ustalić, za jaką faktycznie cenę, SSI zaoferowało wykonanie zamówienia" .
Prawidłowe działania matematyczne zostały opisane w treści Formularza Oferty:
-w pierwszej kolejności mnożenie cen jednostkowych przez ilość sztuk dające łączną cenę brutto za dany rodzaj pojemnika,
-w drugiej kolejności dodawanie wszystkich łącznych cen brutto za dany rodzaj pojemnika.
Nieprawdziwe jest zatem twierdzenie, iż „(...) nie jest możliwe ustalenie — bez negocjacji z SSI — jaką właściwie cenę zaoferował'. W konsekwencji całkowicie bezpodstawne jest zatem twierdzenie odwołującego, iż mamy tu do czynienia z

błędem w obliczeniu ceny.
Zarzut dokonania przez zamawiającego czynności poprawienia omyłki rachunkowej jest zatem całkowicie nietrafiony.
Absolutnie chybiony jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierający błąd w obliczeniu ceny.
Odwołujący pomija okoliczność, iż zamawiający pismem z dnia 8 września 2020 r. przedłużył termin na złożenie brakującego dokumentu, tj. KRK Prezesa Zarządu do dnia 14.09.2020 r.
Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 8.09.2020 r. (w aktach postępowania)
Odwołujący nadinterpretowuje oświadczenie przystępującego, • iż „H. B. nie jest obecnie w posiadaniu aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego" . Całkowicie bezpodstawne i nieprawdziwe są wywody odwołującego, iż na dzień składania ofert brak było wiedzy przystępującego odnośnie podstaw do jego wykluczenia.
Po pierwsze Zarząd Przystępującego w osobie Pana H. B. z natury rzeczy ma wiedzę o tym, że jest osobą niekaraną — ewentualne skazanie co do zasady wymaga wcześniejszego postępowania przygotowawczego, postawienia zarzutów, postępowania sądowego z udziałem oskarżonego itp.
Po drugie, przystępujący uzyskiwał wcześniej wielokrotnie zaświadczenia o niekaralności Prezesa Zarządu. Przykładowo, zaświadczenia takie zostały uzyskane w roku 2018 i roku 2019.
Dowody: zaświadczenie o niekaralności z 25.07.2019 r.
zaświadczenie o niekaralności z 10.08.2018 r.
Twierdzenie odwołującego o „nieprawdziwości" oświadczenia przystępującego o niekaralności członków zarządu przystępującego jest absolutnie nieprawdziwe.
Skoro bowiem Pan H. B. uzyskał w dniu 11 września 2020 r. kolejne zaświadczenie o swojej niekaralności, mając na względzie wcześniej wydane zaświadczenia oraz przepisy kodeksu karnego odnośnie zatarcia skazania, nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż zarówno w dacie składania ofert, jak w dniu 7 września 2020 r. Pan H. B. był osobą niekaraną, a co za tym idzie, wszelkie oświadczenia przystępującego w tym względzie były bez cienia wątpliwości prawdziwe.
Powołał wyrok z dnia 15 października 2018 r., (sygn. KIO 1946/18), wyrok KIO z dnia 1 marca 2018 r., sygn. KIO 280/18, wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn. KIO 114/18).
Twierdzenia odwołującego są zatem całkowicie oderwane nie tylko od rzeczywistego stanu rzeczy, ale także aktualnego stanu prawnego i orzecznictwa.
Nie ulega dla przystępującego zatem wątpliwości, że także i ten zarzut jest całkowicie chybiony.
Odwołujący formułując kategoryczne zarzuty względem przystępującego nie przedstawia żadnych dowodów, a jedynie swoje niczym nie poparte przypuszczenia. W szczególności odwołujący wskazał, iż „zachodzi duże prawdopodobieństwo, że SSI na dzień składania oferty oraz oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia wprowadził zamawiającego w błąd".
W szczególności w swoich wywodach odwołujący pomija fakt, iż w dniu 11 września 2020 r. zostało wydane zaświadczenie potwierdzające niekaralność Pana H. B. . Nie jest zatem możliwa sytuacja, aby na dzień składania ofert (17.08.2020 r.) był on osobą karaną, albowiem gdyby tak było, to zostałoby to odnotowane w treści zaświadczenia z dnia 11 września 2020 r.
Dowód: zaświadczenie o niekaralności z dnia 11.09.2020 r. (w aktach postępowania)
Opierając swoje dalsze wywody, na całkowicie fałszywej przesłance, odwołujący dochodzi do całkowicie błędnych wniosków. Odwołujący chyba sam nie do końca jest przekonany o zasadności swojego zarzutu, skoro nawet nie sili się na wskazanie, którego ze wskazanych przepisów dotyczy rzekome zaniechanie zamawiającego. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP są bowiem zupełnie odrębnymi przesłankami wykluczenia, z natury rzeczy nie jest możliwe ich łączne zastosowanie (trudno bowiem mówić np. o świadomym zamiarze wprowadzenia zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności).
Zatem i ten zarzut jest zupełnie chybiony.
Odwołujący nie sformułował uzasadnienia dla zarzutów naruszenia art. 26 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy, najwyraźniej sam nie do końca będąc przekonany o ich zasadności.
Zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy jest powiązany z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, a wobec opisanej powyżej oczywistej bezzasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, zarzut odnoszący się do czynności wystosowania wezwania z art. 26 ust. 1 PZP jest oczywiście bezzasadny.
Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy jest zwieńczeniem wszystkich pozostałych zarzutów. Skoro są one nietrafione, także i ten zarzut jest chybiony.
Odwołanie jest zatem całkowicie bezzasadnie i winno zostać oddalone.
Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 września 2020r. udzielonego przez prokurenta samoistnego upoważnionego do reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 28 września 2020r.
W dniu 19 października 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że nie uznaje żadnego z zarzutów odwołania i wnosi o jego oddalenie w całości oraz o zasadzenie kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów zastępstwa prawnego).
Zamawiający wskazał, że w dniu 24 września 2020r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym powiadomił wszystkich wykonawców.
Dowód:
- zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24.09.2020r.
W następstwie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający ponownie przeprowadził ocenę złożonych ofert, w wyniku czego — jako najkorzystniejsza — wybrana została oferta przystępującego - SSI Schäfer Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
Dowód:
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.09.2020r.
Żadnej z w/w czynności nikt w ustawowym terminie nie zaskarżył.
W tym miejscu zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Izby zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie - wyrok KIO z 23 września 2010 r. (KIO 1939/10). Powołał także wyrok KIO z 10 października 2012 r. (KIO 2037/12. KIO 2047/12).
Oznacza to. że zamawiający może, pomimo wniesienia odwołania, powtórzyć czynności w postępowaniu przetargowym. Brak jest w ustawie przepisu zawieszającego postępowanie do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez

KIO (tak też KIO w wyroku z 25.02.2013 r., sygn. akt KIO 342/13).Większość zarzutów odwołującego wyartykułowanych w odwołaniu stała się bezprzedmiotowa - vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2020 r., KIO 449/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2019 r., KIO 1022/19, wyrok z dnia 17 czerwca 2019 r.. KIO 1022/19, wyrok z dnia 3 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 38/17 (z odniesieniem do orzeczenia z 9 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2763/14).
Niezależnie powyższego, zamawiający wskazał, że w jego ocenie wszystkie zarzuty wskazane odwołaniu odwołującego są chybione oraz bezzasadne, stąd wybór oferty złożonej przez spółkę SSI Schäfer Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający uważa, że odwołujący w sposób wadliwy dokonał sformułowania zarzutów bez prawa do dokonania modyfikacji ich treści, z uwagi na upływ terminu na złożenie odwołania. Owa wadliwość — której skutkiem powinno stać się pominięcie wszelkich zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty i w konsekwencji wykluczenia spółki SSI Schäfer Sp. z o.o. z postępowania ws. udzielenia zamówienia publicznego — polega na niezgodnym z ustawą sformułowaniu zarzutów odwołania. Wedle art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy. To na odwołującym ciąży więc obowiązek wskazania wszelkich nieprawidłowości, których w jego ocenie miał dopuścić się zamawiający w toku udzielania zamówienia — czy to polegających na działaniu, czy też na zaniechaniu. W ocenie zamawiającego odwołujący nie wywiązał się z przedmiotowego obowiązku.
Niemniej z daleko posuniętej ostrożności, zamawiający odniósł się także merytorycznie do zarzutów odwołania w zakresie naruszenia:
1) przepisu art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty SSI, jako najkorzystniejszej, mimo; że oferta powinna zostać odrzucona z powodu błędu w obliczeniu ceny; i tym samym jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający powinien wybrać ofertę odwołującego;
Omyłka w obliczeniu ceny w ofercie spółki SSI została zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 ustawy — poprawiona. Faktem jest; że zamawiający omyłkowo wskazał błędny punkt w/w przepisu ustawy jak również doszło do błędnego zsumowania wartości. Nie zmienia to jednak faktu, że w przypadku gdy zamawiający ma ceny jednostkowe może poprawić omyłkę rachunkową i nie można tu mówić o negocjacji ceny. Ponadto zamawiający nie dokonał poprawy w zakresie wskazanego podatku VAT. W ofercie wykonawca go wskazał i na tej podstawie dokonano prawidłowego wyliczenia VAT i ceny brutto.
Wskazane przez wykonawcę ceny jednostkowe były wystarczające do wyliczenia i poprawienia w tym zakresie ceny w formularzu ofertowym (zamawiający nie musiał się niczego domyślać ani nic wyjaśniać). Co więcej zarówno poprawienie oferty właściwe, jak również zawierające omyłkę rachunkową zamawiającego nie wpływało na rozstrzygnięcie przetargu — w obu sytuacjach oferta Spółki SSI była najkorzystniejsza.
Niezależnie od wskazania podstawy prawnej zamawiający zasadnie dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej. Zamawiający w całym toku prowadzonego postępowania ws. o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do przestrzegania przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym w szczególności ustawy. Skorzystanie przy tym z dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy jest nie tyle uprawnieniem zamawiającego, a jego obowiązkiem. W każdym więc przypadku, w którym zamawiający rozważa odrzucenie oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy obowiązany jest poddać analizie możliwość (obowiązek) zastosowania względem owej oferty procedury naprawczej, przewidzianej art. 87 ustawy. Niezastosowanie tej procedury w przypadku zaktualizowania się przesłanek, o którym mowa w analizowanym przepisie stanowi istotne naruszenie prawa, a zainicjowana brakiem jej wdrożenia czynność odrzucenia oferty jest bezprawna i winna zostać wyeliminowana w drodze stosowanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Żeby było jednak jasne, to nie ewentualna sankcja w postaci orzeczenia Izby jest motywatorem działania zamawiającego, przede wszystkim chęć podejmowania działań legalnych, niepowodujących — w brew zarzutom odwołującego — naruszania zasad uczciwej konkurencji między oferentami.
Jednocześnie że drobne, pomyłki Zamawiającego nie mogą w sposób-negatywny wpływać sytuację prawną i faktyczną wykonawcy, którego oferta została poprawiona.
2)przepisu art. 26 ust. 1 ustawy przez wezwanie SSI do złożenia dokumentów i oświadczeń, mimo, że oferta SSI powinna zostać odrzucona z powodu błędu obliczeniu ceny i nie powinna zostać najwyżej oceniona w oparciu o wskazany przepis;
oraz
3)przepisu art. 87 ust. 2 punkt 2) ustawy przez poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie
SSI, mimo, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny; oraz
4)przepisu art. 89 ust. I punkt 6) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SSI, która zawiera błąd w obliczeniu ceny;
Powyższe zarzuty są zupełnie chybione — mając na uwadze oczywistość działań, które były niezbędne celem zweryfikowania, jak również poprawienia przedmiotowej omyłki rachunkowej. Zgodnie z orzecznictwem . - aby dokonać poprawy oczywistej omyłki rachunkowej zamawiający powinien mieć wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne, a prawidłowe obliczenia doprowadzą do ustalenia prawidłowej ceny oferty. Zamawiający jest zobowiązany dokonać korekty takich obliczeń i poinformować wykonawcę o tym fakcie (wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2020 r., KIO 1313/20). Błędy w obliczeniu ceny, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt „6 ustawy od oczywistych omyłek rachunkowych różnią się przede wszystkim tym, że nie mają oczywistego charakteru i nie mogą zostać poprawione. Podkreślić należy, że pojęcia błędu w obliczeniu ceny nie można ograniczać wyłącznie do sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia. jego zakresu czy warunków realizacji. Z takim błędem mamy do czynienia również w przypadku, gdy nie jest możliwe odtworzenie rachunku matematycznego wykonawcy i jednoznaczne ustalenie prawidłowych podstaw, wartości czy kolejności wykonania tego rachunku oraz dokonanie ich korekty w trybach określonych w art. 87 ust. 2 ustawy (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2020 r., KIO 2625/19).
W niniejszej sytuacji w sposób jednoznaczny można odtworzyć. rachunek matematyczny wykonawcy, ustalić prawidłowe podstawy, wartości a także kolejności wykonania tego rachunku — stąd brak było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego.
5)przepisu art. 24 ust. 1 punkt 12) ustawy w związku z art. 26 ust. 3 oraz 26 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI nie wykazał prawidłowo braku podstaw wykluczenia;
6)ewentualnie, przepis art. 24 ust: 1 punkt 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji". lub który zataił te in formacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów:
7)ewentualnie, przepis art. 24 ust. 1 punkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia SSI z postępowania, pomimo. że

SSI, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Powyższy zarzut stanowiący de facto parafrazę pierwszego i próbę „ugryzienia" go z różnych podstaw prawnych — w związku z funkcjonującą już — zarówno w świadomości zamawiających. jak i wykonawców, nowelizacją ustawy z 28 lipca 2016 r. jest chybiony i jako taki nie może się ostać.
W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że w pełni zgadza się argumentacją pełnomocnika przystępującego w zakresie świadomości Członka Zarządu przystępującej Spółki co do bycia osobą karaną. Z doświadczenia życiowego wynika, że o skazaniu karnym bezpośredni zainteresowany jest co do zasady informowany, ma tego świadomość. Stąd też stwierdzenia. Że przystępujący złożył wraz z ofertą nieprawdziwe oświadczenie, iż na dzień składania ofert brak było w stosunku do niego podstaw wykluczenia, gdyż na ten dzień nie miał wiedzy, czy faktycznie Prezes Zarządu SSI Pan H. B. nie byt karany, a zatem, czy rzeczywiście nie występują w stosunku do niego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 punkt 14 PZP — są w ocenie zamawiającego zupełnie niezrozumiałe.
Zamawiający wskazał, że od nowelizacji ustawy zmianie uległy zasady podmiotowej weryfikacji wykonawców. Nie obowiązuje już wymóg przedkładania zamawiającemu wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. Dotyczy to m.in. obowiązku złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z uwagi na uprzednią karalność. W chwili złożenia oferty — w przypadku zamówień powyżej tzw. progów unijnych — wystarczy, jeśli każdy z wykonawców oświadczy w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu.
Powołał wyrok z dnia 8 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 366/17). Wskazał, że interpretacja przepisów ustawy, forsowana przez odwołującego wydaje się nie uwzględniać celu Dyrektywy 2014/24 i w konsekwencji nowelizacji ustawy, które dla uelastycznienia postępowania wyraźnie zmieniły zasady weryfikacji podmiotowej wykonawców, rozdzielając etap wstępnego badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia opartego o JEDZ (etap I) oraz etap ostatecznego badania tych okoliczności w oparciu o dokumenty złożone wykonaniu wezwania zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej (etap 2). Podzielenie procesu badania i oceny ofert na dwa niezależne etapy miało zapewnić odformalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem stanowisko prezentowane przez odwołującego jest równoznaczne ze sformułowaniem — wbrew literalnej treści przepisów ustawy — obowiązku dysponowania przez każdego wykonawcę zaświadczeniem z KRK już na etapie składania ofert. Wadliwość takiej interpretacji art. 26 ust. 1 ustawy potwierdza także treść 5 pkt Rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. które określa jedynie najwcześniejszy dopuszczalny moment wystawienia dokumentu. Rozporządzenie nie stanowi natomiast, że dokumenty te nie mogą być wystawione po dniu składania ofert.
Powołał wyrok z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 352/17). W wyroku tym KIO stwierdziła także, że „wymaganie, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, składając wraz z ofertą dokument JEDZ jednocześnie dysponował kompletem dokumentów, potwierdzających spełnienie wymagań i brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert, byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji ustawy, jakim było odformalizowanie i uproszczenie procedur przetargowych". Analogiczne stanowisko KIO zaprezentowała w wyroku z dnia 1 9 grudnia 2016 r.. sygn. akt KIO 2249/16.
Zgodnie z orzecznictwem — m.in. wyrokiem KIO z dnia 31 stycznia 2018 r.. KIO 114/18: ,.w aktualnym stanie prawnym (w przeciwieństwie do poprzedniego tj. sprzed ww. nowelizacji) wykonawcy nie muszą załączać do wniosku dokumentów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy. W przypadku nie złożenia wymaganego dokumentu lub złożenia dokumentu zawierającego błędy, zamawiający (jednokrotnie) wzywa takiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1 oraz ust. 3 w zw. z ust. 1 ustawy mają być aktualne na dzień ich złożenia. I właśnie na tle rozumienia „aktualności" dokumentów w niniejszym postępowaniu zaistniała sytuacja sporna. wskutek błędnej oceny zamawiającego. W ocenie Izby, w aktualnym stanie prawnym nie ma zobowiązania do przedstawiania dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia (w tym m.in. informacji z KRK) z datą sprzed składania ofert lub nawet z datą po składaniu ofert ale z wprost określonym stanem faktycznym dotyczącym daty składania ofert.
W ocenie zamawiającego wystarczające jest obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ.
Odwołał się także do stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2017 r. (znak: UZP/DKUE/KU/31/17) oraz wyroku z dnia 19 października 2017 r.
Jednocześnie fakt, iż zamawiający zażądał złożenia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału już na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tu ofert) nie znosi możliwości uzupełnienia brakujących dokumentów. Art. 26 ust. 2f ustawy, z którego skorzystał zamawiający odwołuje się do dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy. Przepis ten nie ustanawia odrębnych i odmiennych zasad rządzących składaniem dokumentów w przypadku, gdy zamawiający żąda ich przedstawienia w innym momencie, niż to wynika z regulacji ogólnej. Określa jedynie inny moment złożenia dokumentów. Również w takiej sytuacji wykonawcom służy prawo do uzupełnienia dokumentów brakujących, niekompletnych lub budzących wątpliwości w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W przepisie tym ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość uzupełnienia dokumentów w przypadku, gdy niektóre z nich nie zostały, złożone w wyznaczonym terminie. Ocena aktualności dokumentów odbywa się wówczas „według tych samych zasad co w przypadku złożenia ich bez konieczności uzupełnienia." (KIO 280/18).
Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2020 r., KIO 905/20.
Zamawiający nie złamał zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Celem wspomnianego zakazu jest umożliwienie wykonawcom jednokrotnego poprawienia oferty, przy czym dopuszczalny zakres poprawy wynika z treści wezwania zamawiającego. To on określa, jaka część oferty podlega poprawie w określonym momencie procesu jej oceny.
Nie bez znaczenia — w zakresie przedłużenia terminu do złożenia brakującego oświadczenia — jest także okres pandemii, związany z szeregiem ograniczeń w działalności urzędów i sądów, co w sposób obiektywny mogło wpłynąć na przedłużający się czas oczekiwania na stosowne zaświadczenie.
Przepisy ustawy nie zabraniają zamawiającym na przedłużenie terminu do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Treść art. 26 ust. 1 i 2 ustawy wskazuje jedynie terminy minimalne. Biorąc pod uwagę, że celem przeprowadzenia postępowania jest jego pozytywne zakończenie poprzez wybór oferty najkorzystniejszej oraz zawarcie umowy, nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający wydłużył omawiany termin na prośbę wykonawcy.

Przy wyznaczaniu terminu na złożenie dokumentów należy brać pod uwagę nie tylko minimalne terminy wskazane w ustawie, ale również takie czynniki jak np. skąd są konkretni wykonawcy, jakich dokumentów zamawiający wymaga, czy chociażby fakt, że postępowanie jest prowadzone w okresie urlopowym w większości firm i instytucji, albo — jak już zostało wyżej wskazane — w okresie pandemii.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty SSI, wezwania w trybie art. 26 ust. 1 i udzielonej odpowiedzi, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i udzielonej odpowiedzi, dokonania poprawy omyłki, wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 września 2020r., unieważnienia czynności wyboru.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

ROZDZIAŁ XXII. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

Dot. cz. 1 i 2

1. Wykonawca poda cenę ofertową na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 2 dla cz. 1 i 2a dla cz. 2 do SIWZ.
2. Podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikająca z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ)– cena ryczałtowa - zawierająca wszelkie koszty związane z realizacją zadania, których sposób rozliczenia opisano szczegółowo we wzorze umowy, stanowiącym część III SIWZ.
3. Wszelkie niezgodności czy też sprzeczności pomiędzy ww. wykazem, a pozostałymi dokumentami składającymi się na opis przedmiotu zamówienia, powinny być korygowane przez Zamawiającego w trybie udzielania wyjaśnień na zapytania Wykonawców do treści SIWZ.
4. Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia podana przez Wykonawcę jest stałą ceną ryczałtową 4.1 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93, z późn. zm.) ten rodzaj wynagrodzenia określa w art. 632 następująco:

§1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

§2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

5. Podana w ofercie Cena musi być wyrażona w złotych polskich cyfrowo i słownie brutto. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.
6. Cenę brutto oferty należy wyliczyć zgodnie z obowiązującymi stawkami podatku VAT.
7. Cenę podaną w Formularzu Ofertowym należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
8. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały w projekcie umowy.
9. Zamawiający poprawi w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, stosownie do treści art. 87 Pzp. Zamawiający zawiadomi Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
10. W przypadku podejrzeń zaoferowania w ofercie rażąco niskiej ceny Zamawiający przeprowadzi procedurę wyjaśniającą zgodnie z art. 90 ustawy Pzp.
11. Nie dopuszcza się stosowania opustów i rabatów.
12. Wykonawca, składając ofertę (w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 2 dla cz. 1 i 2a dla cz. 2 do SIWZ) 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.

U M O W A nr ZP.272.11.2020.KS

§ 1 Przedmiot umowy

1.Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do realizacji cz. I - dostawy pojemników na odpady komunalne o pojemności do 400 l o następującej kolorystyce i pojemności:

1)Pojemnik na papier – kolor niebieski w ilości – 240 litrów – 22szt.
2)Pojemnik na szkło – kolor zielony w ilości – 240 litrów – 32 szt., 120 litrów – 2000 szt.
3)Pojemnik na tworzywa sztuczne i metal kolor żółty w ilości – 360 litrów – 30 szt., 240 litrów – 4400 szt.
4)Pojemnik na odpady zmieszane – kolor czarny lub antracyt w ilości – 360 litrów – 20 szt., 240 litrów – 1124 szt., 120 litrów – 2200 szt.
5)Pojemnik na odpady ulegające biodegradacji – kolor brązowy w ilości – 240 litrów – 1190 szt., 120 litrów – 2200 szt.

2.Wszystkie dostarczane pojemniki będą wyprodukowane w latach 2019 – 2020. Pojemniki muszą być nowe, muszą być technicznie sprawne, gotowe do pracy zgodnie z ich przeznaczeniem.
3.Wykonawca dostarczy pojemniki własnym transportem, na własny koszt, własne ryzyko oraz zapewni ich rozładunek.
4.Dostarczane pojemniki będą spełniać wymagania określone przez Zamawiającego w załączniku nr 1 –opis przedmiotu zamówienia.
5.Wykonawca przyjmuje pełną odpowiedzialność za transport pojemników do miejsca dostawy, ich załadunek i rozładunek oraz ubezpieczenia od ryzyka utraty i uszkodzenia.
6.Miejsce dostawy przedmiotu zamówienia: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowejw Antoniowie ul. Powstańców śląskich 54 46 – 40 Ozimek.
7.Ceny jednostkowe określone w ofercie są niezmienne w okresie obowiązywania umowy.
8.Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz oferta Wykonawcy stanowi integralną część niniejszej umowy.

§6

Wynagrodzenie i warunki płatności

1.Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 niniejszej umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie :

w wysokości ……. zł netto. Do wartości netto dodaje się podatek VAT w wysokości: … % tj.: …… zł, co stanowi kwotę brutto: …….. zł (słownie: …….. złotych)

W przypadku ustawowej zmiany podatku VAT wartość umowy brutto zostanie zmieniona stosownym aneksem do umowy.

a)Z uwagi na dokonanie wyboru oferty prowadzącego do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług w zakresie następujących towarów/usług: …….. odprowadzenie podatku w kwocie ……zł leży po stronie Zamawiającego. * lub:

b)Zgodnie ze złożoną ofertą, Wykonawca nie wskazał w ofercie towarów/usług w zakresie powstania u Zamawiającego

obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług w tym zakresie*.
* niepotrzebne skreślić
2.Wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy przekazane będzie przez Zamawiającego na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze w terminie do 30 dni od daty przedłożenia faktury i protokolarnym odbiorze dostaw, z zastrzeżeniem ust. 3.
3.Strony postanawiają, że rozliczenie za dostawę będzie dokonywane fakturami częściowymi, na podstawie protokołów odbioru dostaw wykonanych, w następujący sposób:
1)I faktura będzie obejmować 50% wartości wynagrodzenia, określonej w ust. 1 niniejszego paragrafu,
2)II faktura będzie obejmować pozostałą do zapłaty część wynagrodzenia, przy czym II faktura zostanie wystawiona przez Wykonawcę najwcześniej w dniu 4.01.2021 r.
4.W przypadku rozliczania dostaw (w tym faktury końcowej), które zostały wykonane z udziałem podwykonawcy, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu dokument potwierdzający dokonanie zapłaty z tytułu wykonanych dostaw na rzecz podwykonawcy oraz oświadczenie, że Podwykonawca nie wnosi roszczeń z tytułu realizacji tej części umowy, którą wykonał – oświadczenie stanowi załącznik nr 2 do umowy
5.W przypadku niedostarczenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 4, Zamawiający uprawniony jest do wstrzymania płatności należności Wykonawcy do czasu otrzymania przedmiotowych dokumentów, bez konsekwencji odsetkowych.
6.Za datę zapłaty faktury VAT uważać się będzie datę obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.
W formularzu ofertowym SSI wskazało cenę netto w wysokości 1.049.493,11 złotych, podatek VAT w wysokości 23% i kwocie 85.256,56 złotych, oraz cenę brutto w wysokości 1.134.749.678 złotych. Dodatkowo SSI wskazało ceny jednostkowe za pojemniki.
240 niebieski - cena jedn. 156,23 ilość sztuk 22 cena łącznie 3 437,16, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 3 437,06
120 zielony – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2000 cena łącznie 156 126,85, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość –156 120,00
240 zielony – cena jedn. 156,23 ilość sztuk 32 łącznie 4 999,51, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 4 999,36
240 żółty – cena jedn. 115,46 ilość sztuk 4400 łącznie 508 462,81, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 508 024,00zł.
360 żółty – cena jedn. 263,98 ilość sztuk 30 łącznie 7 919,48, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 7 919,40zł.
120 antracyt – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2200 łącznie 171 739,54, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 171 732,00zł.
240 antracyt – cena jedn. 112,87 ilość sztuk 1124 łącznie 126 861,42, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 126, 865,88
360 antracyt – cena jedn. 263,98 ilość sztuk 20 łącznie 5 279,65, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 5 276,60zł.
120 brązowy – cen a jedn. 78,06 ilość sztuk 2200 łącznie 171 739,54, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 171 732,00
240 brązowy – cena jedn. 112,87 ilość sztuk 1190 łącznie 134 310,58, po przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość – 134 315,30zł.
Łącznie wartość brutto wynikająca z sumowania danych podanych w formularzu ofertowym 1 290 876,54zł., a po przeliczeniu cen jednostkowych razy ilość – 1 290 424,60zł. (różnica 451,94zł.), przyjmując zadeklarowaną w formularzu ofertowym stawkę 23% VAT, to wyliczenie wartości netto od wartości brutto wynikającej z wyliczeń przystępującego podanych w tabeli – 1 049 493,12zł., zaś według wartości po przeliczeniu cen jednostkowych i ilości to 1 049 125, 69zł.
Z KRS SSI wynika, że zarząd sprawowany jest przez H. B. i ujawniony jest jeden prokurent samoistny M. L. .
W trakcie postępowania pismem z dnia 19 sierpnia 2020 r. zamawiający działając na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 punkt 1) ustawy zawiadomił o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie SSI w ten sposób, że zmienił kwotę podatku VAT z kwoty 85.256,56 złotych na kwotę 241.383,42 złotych, oraz zmienił cenę brutto oferty SSI z kwoty 1.134.749.678 złotych na kwotę 1.290.876,53 złotych.
Pismem z dnia 26 sierpnia 2020 r. zamawiający wystąpił do SSI w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w Rozdziale XIII SIWZ w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania (aktualnych na dzień złożenia oświadczeń), w tym do informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie oświadczeń i dokumentów do dnia 7 września 2020 r. do godziny 17:00.
SSI przedłożył oświadczenia i dokumenty, bez informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Prezesa Zarządu Spółki, Pana H. B. .
Zamawiający w dniu 7 września 2020 r. wezwał SSI - działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia brakującego dokumentu do dnia 8 września 2020 r. do godziny 15:30W wezwaniu wskazał, że z postępowania wyklucza się wykonawców, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego, lub nadzorczego lub prokurenta skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt. 13 art. 24 ust. 1 ustawy..
Pismem z dnia 8 września 2020 r. SSI zwrócił się zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie zaświadczenia z KRK, wskazując przy tym, że w dotychczasowych postępowaniach przetargowych, w których brał udział SSI wymóg przedłożenia informacji z KRK dotyczył wyłącznie Pana M. L., który jako prokurent samoistny reprezentował Spółkę w postępowaniach. W związku z tym Pan H. B. nie jest obecnie w posiadaniu aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.
Zamawiający pismem z dnia 8 września 2020 r. zgodził się na przedłużenie terminu na złożenie brakującego dokumentu do dnia 14 września 2020 r. do godziny 17:00.
W dniu 11 września 2020 r. SSI złożyło brakujący dokument (zaświadczenie z KRK dla Pana H. B.) datowany na dzień 11 września 2020 r. oraz oświadczenie, że p. B. od dnia złożenia oferty tj. 11.08.2020r. nie był karany.
W dniu 11 września 2020 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając w postępowaniu ofertę SSI.
W dniu 24 września 2020r. zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej wskazując, że wadliwie poprawił ofertę wybraną powołując złą podstawę prawną. Odwołał się do orzeczenia KIO 159/11 z dnia 1 lutego 2011r.
W dniu 29 września 2020r. zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty SSI.

Przystępujący SSI przedstawił przy przystąpieniu zaświadczenie z KRK dla H. B. zaświadczające, że na datę 10 sierpnia 2018r. nie figuruje w kartotece karnej i drugie zaświadczenie, że na datę 25 lipca 2019r. również H. B. nie figuruje w kartotece karnej.
Izba oceniła w sposób następujący ustalony stan faktyczny:
Izba ustaliła, że ilość pojemników danego rodzaju była przez zamawiającego podana jako wartość stała – vide par. 1 ust. 1 pkt 1 – 5 wzoru umowy. Ceny jednostkowe określone w ofercie miały być niezmienne w okresie obowiązywania umowy (par. 1 ust. 7 wzoru umowy), zaś rozliczenie miało nastąpić według wynagrodzenia całkowitego wynikającego z par. 6 ust. 1 wzoru umowy w dwóch transzach – par. 6 ust. 3 wzoru umowy. W ocenie Izby z takich postanowień umownych nie wynika, że cena oferty miała charakter całkowicie ryczałtowy, gdyż cena oferty była wynikiem ustalenia wartości całej oferty przez podanie cen jednostkowych dla poszczególnych rodzajów pojemników i przemnożenia ich przez ilość pojemników danego rodzaju, a następnie zsumowania ich wartości. Tok rozumowania Izby potwierdza treść oferty przystępującego, z której wynika, że gdyby uznać za prawidłowa jest suma brutto wynikającą z tabeli z sumowania kolumny 4 - „Cena brutto za 1szt. x ilość szt." w formularzu ofertowym dla wszystkich rodzajów pojemników, to przyjmując, że prawidłową stawką VAT jest stawka w wysokości 23%, to ustalona łączna wartość netto tabeli odbiega od wartości netto podanej w pkt. 1 formularza ofertowego przystępującego SSI jedynie o jeden grosz, a więc należy przyjąć, że przystępujący ustalając cenę oferty w pkt. 1 formularza ofertowego łączył ceny z tabeli z ceną całkowitą oferty. Co do zaświadczenie o niekaralności, to nie sporne między stronami było to, że pan H. B. jest członkiem organu zarządzającego przystępującego, jak i to, że na wezwanie z dnia 26 sierpnia 2020r. przystępujący SSI zaświadczenia z KRK dla tego podmiotu nie złożył. Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy uznała, że przystępujący wykazał, że w dacie składania ofert oświadczył informację prawdziwą, że pan H. B. nie był karany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy. Izba uznała, że przemawiają za tym dowody z postaci zaświadczeń z 10 sierpnia 2018r. i 25 lipca 2019r. oraz zaświadczenie z dnia 21 lipca 2020r. a także oświadczenie spółki złożone zamawiającemu w dniu 11 września 2020r.
Sporna jest natomiast ocena, czy zamawiający był uprawniony do wzywania do złożenia dokumentów nie złożonych na pierwotne wezwanie z dnia 26 sierpnia 2020r.
Jednak dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu najistotniejsze były następujące okoliczności:
Czynność poprawy omyłki w ofercie przystępującego z dnia 19 sierpnia 2020r. została przez zamawiającego unieważniona w dniu 24 września 2020r. i zamawiający dokonał nowej czynności poprawy w dniu 25 września 2020r. w następujący sposób: - działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy zamawiający poprawił omyłkę polegającą na omyłkowym wyliczeniu jednostkowych kwot brutto za pojemniki oraz kwoty netto i VAT ceny ogólnej zamawiający dokonał poprawy pkt. 1 formularza ofertowego wskazując, że powinno być :
Cena netto 1.049.493,41 złotych, podatek VAT w wysokości 23% i kwocie 241 381,19 złotych, oraz cenę brutto w wysokości 1.290 864,60 złotych. Dodatkowo SSI wskazało ceny jednostkowe za pojemniki.
240 niebieski - cena jedn. 156,23 ilość sztuk 22 cena łącznie – 3 437,06
120 zielony – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2000 cena łącznie–156 120,00
240 zielony – cena jedn. 156,23 ilość sztuk 32 cena łącznie– 4 999,36
240 żółty – cena jedn. 115,46 ilość sztuk 4400 cena łącznie–508 024,00zł.
360 żółty – cena jedn. 263,98 ilość sztuk 30 cena łącznie – 7 919,40zł.
120 antracyt – cena jedn. 78,06 ilość sztuk 2200 cena łącznie –171 732,00zł.
240 antracyt – cena jedn. 112,87 ilość sztuk 1124 cena łącznie – 126, 865,88
360 antracyt – cena jedn. 263,98 ilość sztuk 20 cena łącznie –5 276,60zł.
120 brązowy – cen a jedn. 78,06 ilość sztuk 2200 cena łącznie –171 732,00
240 brązowy – cena jedn. 112,87 ilość sztuk 1190 cena łącznie –134 315,30zł.
Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 września 2020r. została przez zamawiającego unieważniona w dniu 24 września 2020r. i zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 29 września 2020r.
Izba zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia podstaw, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania w myśl art. 189 ust. 2 ustawy.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.
Izba oddaliła odwołanie w całości z następującego powodu – następczej bezprzedmiotowości roszczenia odwołania, której zaistnienie ustaliła na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy zgodnie z którym wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Następcza bezprzedmiotowość roszczenia odwołania nastąpiła na skutek unieważnienia czynności poprawy omyłki i wyboru odpowiednio z dnia 19 sierpnia 2020r. i 11 września 2020 i zastąpienia tych czynności poprawą z dnia 25 września 2020r. i ponownym wyborem z dnia 29 września 2020r. Co spowodowało, że czynności objęte odwołaniem utraciły byt prawny. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego co do braku substratu zaskarżenia w niniejszej sprawie. Zarzut braku substratu zaskarżenia mógłby być bowiem podniesiony skutecznie jedynie w postępowaniu skargowym wywołanym zaskarżeniem wyroku Izby, w którym Izba rozstrzygnęła jedynie, co do części zarzutów odwołania i nie wydała rozstrzygnięcia w pozostałym zakresie, a skarga skierowana byłaby wobec tej nieistniejącej części rozstrzygnięcia. Wówczas niejednokrotnie Sąd Najwyższy stwierdzał, że w postępowaniu cywilnym środek zaskarżenia jest niedopuszczalny właśnie z uwagi na brak rozstrzygnięcia (substratu zaskarżenia), natomiast jedynym możliwym działaniem strony jest złożenie wniosku o uzupełnienie wyroku. Tym samym używane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania pojęcie „braku czy odpadnięcia substratu zaskarżenia" jest pojęciem nieprawidłowym i nie do zastosowania w postępowaniu odwoławczym. Jednak mimo błędnego nazewnictwa zamawiający ma rację twierdząc, że w skutek czynności pozaprocesowych czyli unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności poprawy omyłki w ofercie przystępującego, a następnie zastąpienia tych czynności nowymi czynnościami, doszło do tego, że roszczenie formalne odwołującego stało się bezzasadne na skutek jego następczej bezprzedmiotowości. Ta bezprzedmiotowość to utrata bytu roszczenia materialnego odwołującego, którego ochrony domagał się przed Izbą. Trzeba zatem wyjaśnić czym jest roszczenie materialne odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Aby odpowiedzieć na to pytanie należy przytoczyć następujące przepisy ustawy:
Art. 179 ust. 1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.
Art. 180 ust. 1. Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej

w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.
Art. 180 ust. 3. Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.
Art. 192 ust. 2. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Art. 192 ust. 3. Uwzględniając odwołanie, Izba może:
1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego
Z tych przepisów wynika, że roszczeniem materialnym na gruncie ustawy jest zachowanie zamawiającego (czynność lub zaniechanie), które narusza interes odwołującego. Roszczeniem procesowym zaś jest domaganie się przez odwołującego ochrony procesowej przez Izbę przed tym naruszeniem przez nakazanie jego usunięcia przez unieważnienie czynności, dokonanie czynności zaniechanej czy powtórzenie czynności.
Skoro zatem przedmiotem sporu – roszczeniem materialnym jest zachowanie zamawiającego, to chodzi tu o konkretne zachowanie w danym miejscu i czasie, co zresztą wprost wynika z art. 180 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym odwołanie musi zawierać wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego, z którym odwołujący wiąże zaistniałe naruszenie.
Odwołujący sam dostrzegł tę konieczność w odwołaniu, gdyż wskazał, że wniósł odwołanie przeciwko: 1.
dokonaniu czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SSI Schäfer sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („SSI") - jako najkorzystniejszej, mimo że oferta SSI powinna podlegać odrzuceniu a SSI wykluczeniu z postępowania;
2.dokonaniu czynności wezwania SSI do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy, mimo, że oferta SSI powinna podlegać odrzuceniu i nie powinna być najwyżej oceniona;
3.dokonania czynności poprawienia omyłki rachunkowej w sposób bezpodstawny, pomimo, że oferta SSI zawiera błąd w obliczeniu ceny i powinna podlegać odrzuceniu;
4.zaniechania dokonania prawidłowej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu i zaniechania wyboru oferty odwołującego - jako najkorzystniejszej;
5.zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty SSI z powodu błędu w obliczeniu ceny;
6.zaniechania dokonania czynności wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
7.ewentualnie zaniechania dokonania czynności wykluczenia SSI z postępowania, pomimo, że SSI wprowadził zamawiającego błąd w zakresie braku podstąp do wykluczenia lub mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.
Wszystkie te zachowania zamawiającego, które w odwołaniu wskazał odwołujący wiążą się z jednym konkretnym momentem postępowania tj. 11 września 2020r., czyli datą pierwotnego wyboru. Izba uważa, że również zachowanie zamawiającego jest ściśle określone w czasie i nie można uznać za prawidłową koncepcji ciągłego zaniechania. Gdyby bowiem przyjąć koncepcję ciągłego zaniechania, to nie możliwe byłoby prawidłowe ustalenie zawitości terminu na wniesienie środka ochrony prawnej wobec zaniechania. Tym samym, to że zamawiający dokonał poprawy omyłki w dniu 19 sierpnia 2020r. nie powoduje, że istniał stan zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu błędu w obliczeniu ceny od tego dnia, przez datę 11 września 2020r. (pierwotny wybór), aż do dnia dzisiejszego, bo nadal zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Przeciwnie termin na zaskarżenie zaniechania w tym przypadku musi być liczony od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem to w tej dacie odwołujący dowiedział się o istnieniu zaniechania (nastąpił wybór oferty przystępującego, a nie jej odrzucenie), tym samym to czynność wyboru oferty najkorzystniejszej łączyła w sobie skupisko stanów faktycznych (czynności i zaniechań zamawiającego), które w ocenie odwołującego naruszały przepisy ustawy i przeciwko tak skonkretyzowanym naruszeniom domagał się ochrony prawnej. Zamawiający jednak unieważnił tę czynność z 11 września 2020r., a także wskazał na wadliwość czynności poprawy omyłki z dnia 19 sierpnia 2020r. i usunął z postępowania o udzielenie zamówienia (czyli z postępowania materialnego) przedmiot roszczeń materialnych odwołującego czyli czynności z dnia 19 sierpnia 2020r. i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 września 2020r. – utraciły zatem one byt prawny – wygasło roszczenie materialne (z powodu okoliczności poza postępowaniem odwoławczym niezależnych od odwołującego), odwołujący zaś nie skorzystał z możliwości cofnięcia odwołania. Nawet bowiem jeśli uznać, że odwołujący nadal odczuwa stan naruszenia jego interesu i uważa, że doszło do naruszenia ustawy, to jednak zachowania zamawiającego, z którymi ten stan wiąże już nie istnieją. W takim przypadku, sytuacji wygaśnięcia w toku postępowania odwoławczego roszczenia materialnego, Izba w przypadku podtrzymywania odwołania przez odwołującego, musi uznać, że odwołanie jest bezzasadne i orzec o jego oddaleniu.
Izba nie może pominąć w dniu wyrokowania tych czynności, które wydarzyły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia już po wniesieniu odwołania, a które mają znaczenie dla jego prawidłowego rozpoznania i wyrokowania. W tej sprawie, na moment wydania orzeczenia, kwestionowane w odwołaniu: czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części 1; zaniechanie odrzucenia w Części 1 oferty wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia, pomimo że oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny jak również zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty dla części 1 nie istnieją - zostały przez zamawiającego unieważnione.
Izba podkreśla z całą stanowczością, że wyeliminowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 11 września 2020 r. czyni bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec wyboru, badania i oceny oferty wskazanego wykonawcy.
Jednocześnie zamawiający nie uwzględnił odwołania, przeciwnie w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie. Nie można w unieważnieniu czynności wyboru i poprawy omyłki, czy ponowionych czynnościach poprawy omyłki i wyboru oferty najkorzystniejszej dopatrywać się czynności w postępowaniu odwoławczym, gdyż postępowanie odwoławcze jest postępowaniem odrębnym i niezależnym od postępowania o udzielenie zamówienia, a nadto czynności podjęte przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyraźnie wskazują na to, że zamawiający mimo, że na skutek wniesionego odwołania dostrzegł pewne wadliwości swego dotychczasowego postępowania, to jednak nie uznał, że są to takie naruszenia, jakie zarzuca mu odwołujący, nie dokonał także czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem odwołującego.
Obowiązujący przepis art. 186 ust. 2 oraz ust. 3a ustawy w sposób jasny i precyzyjny określa, że Zamawiający może dokonać czynności uwzględnienia odwołania w całości lub w części, jednakże czynności te muszą zostać dokonane przez zamawiającego, tj. musi został złożone przez zamawiającego stosowne oświadczenie, bowiem czynność taka zamawiającego rodzi skutki w postępowaniu zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców. Zgodnie z art. 183 ust. 1

ustawy w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej "orzeczeniem" i jest to jedyny przepis odnoszący się do zakazu dokonywania, unieważniania czy ponawiania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Skoro żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, to oznacza, że należy przyznać zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Zamawiający w rozpoznawanej sprawie skorzystał właśnie z takiej możliwości, podjął działania mające na celu eliminację z postępowania o udzielenie zamówienia nieprawidłowości, które zostały ujawnione przez wniesienie odwołania przez odwołującego, jednakże zarzutów odwołania nie uwzględnił.
Izba wskazuje również, że w dniu 25 września 2020 roku zamawiający dokonał również ponownie czynności badania i oceny ofert, w tym ponownej poprawy oferty przystępującego oraz w dniu 29 września 2020r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; ten wybór oferty najkorzystniejszej jest nowym, innym wyborem stanowi nową czynność zamawiającego – niewątpliwie czynność, która nie była objęta odwołaniem z dnia 21 września 2020 roku.
Izba podkreśla, że rozstrzyganie o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności nie może wpłynąć w żaden sposób na wynik postępowania - który aktualnie wyraża się w ponowionym wyborze najkorzystniejszej oferty (z dnia 29 września 2020 roku) – bowiem podstawa wniesienia odwołania na dzień wyrokowania nie istnieje.
W obliczu powyższego Izba wskazuje, że popieranie odwołania przez odwołującego było niezasadne. Uwzględniając powyżej przedstawione ustalenia i wywody Izby, Izba odwołanie oddaliła.
Izba zwraca uwagę także na to, że gdyby przyjąć koncepcję dopuszczalności zasadności odwołania opartego o podtrzymane zarzuty wobec czynności nieistniejącej, to Izba rozpoznając odwołanie musiałaby orzec o żądaniach związanych z tą właśnie nieistniejącą czynności, a więc o wyborze z dnia 11 września 2020r. i innych czynnościach do tego wyboru prowadzących, jednak choćby nakazywanie ich unieważnienia byłoby bezprzedmiotowe, skoro już zamawiający je wyeliminował. Natomiast nakazywanie dokonywania czynności zaniechanych, czy powtarzania czynności dokonanych wadliwie mogłoby prowadzić do powstania chaosu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w postępowaniu z jednej strony istniałyby czynności dokonane samodzielnie przez zamawiającego, z drugiej strony zamawiający byłby zobowiązany do dokonania czynności nakazanych przez Izbę – taka sytuacja mogłaby prowadzić do wewnętrznych sprzeczności w postępowaniu. Izba bowiem nie mogłaby skutecznie ocenić czynności dokonanych samodzielnie przez zamawiającego z uwagi na nie objęcie tych czynności odwołaniem z dnia 21 września 2020r. z uwagi na zakaz wynikający z art. 192 ust. 7 ustawy. Ta okoliczność również przemawia za przyjęciem, że w sytuacji zmiany stanu faktycznego będącego podstawą zarzutu w toku postępowania odwoławczego, Izba musi ocenić odwołanie przez pryzmat następczego braku roszczenia materialnego odwołania.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu w kwocie 15 000zł., który w całości zaliczono na poczet kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa prawnego zamawiającego w kwocie 3 600zł. (zgodnie ze złożoną fakturą VAT) nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu tych kosztów.

Przewodniczący:……..