Sygn. akt: KIO 2211/21

POSTANOWIENIE
z dnia 27 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Anna Chudzik
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 22 września 2021 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
w dniu 26 lipca 2021 r. przez wykonawcę **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski reprezentowanego przez: UNIBEP S.A., ul. Kondratowicza 37,**
03-285 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie,**
ul. Partyzantów 2/4, 05-802 Pruszków

przy udziale:

1. wykonawcy **ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 14A/2, 00-466 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jasionka 942, 36-00 Jasionka (adres do doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna,**
ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
3. wykonawcy **Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich,**
ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski reprezentowany przez: UNIBEP S.A., ul. Kondratowicza 37, 03-285 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski reprezentowany przez: UNIBEP S.A.,**
   ul. Kondratowicza 37, 03-285 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.
   2.2. zasądza od wykonawcy **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski reprezentowany przez: UNIBEP S.A., ul. Kondratowicza 37,03-285 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, ul. Partyzantów 2/4, 05-802 Pruszków** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie
– w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……....
……..
……..

Sygn. akt: KIO 2211/21

U z a s a d n i e n i e

Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza
w Pruszkowie, zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Poprawę efektywności energetycznej i dostosowanie do obowiązujących przepisów Pawilonów I i VIIB MSCZ w Pruszkowie".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 kwietnia 2021 r., nr 2021/S 077-195942.

W dniu 26 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, zwany dalej „Odwołującym UNIBEP", wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 26 lipca 2021 r.) na:

1. niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającą na poprawieniu w ofercie Odwołującego UNIBEP omyłki polegającej na zastosowaniu do części zamówienia preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8 % zamiast stawki w wysokości 23 %, w sytuacji gdy Zamawiający nie zastrzegł skutecznie i prawidłowo w dokumentacji przetargowej obowiązku zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia;
2. niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającą na błędnej ocenie a w konsekwencji na odrzuceniu oferty Odwołującego UNIBEP;
3. niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającą na zaniechaniu wezwania wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym Odwołującego UNIBEP, do wyjaśnień w zakresie zastosowanej do przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT, jak również zaniechaniu ustalania przez Zamawiającego właściwej stawki podatku VAT dla przedmiotu zamówienia;
4. niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: ZAB-BUD Sp. z o.o. i ERBUD S.A. w sytuacji, gdy oferty te zawierają błąd w obliczeniu ceny lub kosztu polegający na wskazaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT, tj. stawki podstawowej dla całości przedmiotu zamówienia,

zamiast stawki podstawowej dla robót budowalnych i stawki preferencyjnej w wysokości 8 % dla dostawy wyrobów medycznych i wyposażenia wyrobów medycznych oraz usługi zagospodarowania zieleni i w konsekwencji zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego UNIBEP jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty, poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym Załącznika nr 1 Formularza Oferty dotyczących zastosowania właściwej stawki podatku VAT w sposób niejednoznaczny, budzący wątpliwości interpretacyjne i tym samym prowadzący do złożenia w postępowaniu ofert opartych na różnych stawkach podatku od towarów i usług, co prowadzi do ich nieporównywalności;
2. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie w ofercie Odwołującego UNIBEP omyłki polegającej na zastosowaniu do części zamówienia preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8 % zamiast stawki w wysokości 23 %, pomimo, że Zamawiający nie zastrzegł skutecznie i prawidłowo w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia obowiązku zastosowania stawki VAT w wysokości 23 % do całości zamówienia;
3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym Odwołującego UNIBEP, do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku o towarów i usług i zaniechanie zbadania stawki podatku VAT właściwej poszczególnych części zamówienia, jak również dla jego całości;
4. art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: ZAB-BUD Sp. z o.o., ERBUD S.A. i ADMIETZ Sp. z o.o. pomimo, że oferty te zawierają błąd w obliczeniu ceny lub kosztu polegający na podaniu nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług tj. podaniu jednolitej stawki podstawowej do całego przedmiotu zamówienia zamiast stawki podstawowej i preferencyjnej.

Odwołujący UNIBEP wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności oceny ofert;
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego UNIBEP;
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawców biorących udział w postępowaniu do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku o towarów i usług i zbadanie przez Zamawiającego stawki właściwej podatku VAT dla całości zamówienia i jego poszczególnych części;
5. odrzucenia ofert wykonawców ZAB-BUD Sp. z o.o., ERBUD S.A. i ADMIETZ Sp. z o.o.;
6. dokonania wybory oferty złożonej przez Odwołującego UNIBEP jako oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 5 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaski wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 5 lipca 2021 r.) m.in. na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na zastosowaniu do części zamówienia preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8% zamiast stawki wymaganej przez Zamawiającego w wysokości 23% Odwołanie to zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 2029/21.

W dniu 7 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności z dnia 23 czerwca 2021 r. dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej (wyboru oferty wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o.) oraz czynności odrzucenia ofert wykonawców: Wodpol Sp. z o.o. i UNIBEP S.A., jednocześnie informując wykonawców, iż dokona ponownej oceny złożonych ofert.

Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 12 lipca 2021 r. (wpływ do Odwołującego UNIBEP w tej samej dacie), poinformował Odwołującego UNIBEP o poprawieniu omyłek w treści jego oferty, wskazując, iż dokonał korekty w zakresie wyliczenia wartości podatku VAT dotyczącego wynagrodzenia stosując stawkę VAT wskazaną w SWZ, tj. 23% dla całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wyznaczył Odwołującemu UNIBEP „do dnia 13 lipca 2021 do godziny 15:00 termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie przedmiotowych omyłek lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.”.

Pismem z dnia 13 lipca 2021 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący UNIBEP oświadczył, „że nie wyrażamy zgody na poprawienie w ofercie Wykonawcy przedmiotowych omyłek zgodnie z propozycją Zamawiającego, kwestionując proponowany sposób jej poprawienia. (…).”.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) poinformował Odwołującego UNIBEP o wyborze oferty wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego UNIBEP na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W dniu 22 lipca 2021 r. Odwołujący UNIBEP cofnął odwołanie zarejestrowane w sprawie o sygn. akt KIO 2029/21. Sprawę tę umorzono postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2021 r.

W dniu 26 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący UNIBEP wniósł odwołaniem.in. na czynność Zamawiającego polegającą na poprawieniu w ofercie Odwołującego UNIBEP omyłki polegającej na zastosowaniu do części zamówienia preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8 % zamiast stawki w wysokości 23 %, w sytuacji gdy Zamawiający nie zastrzegł skutecznie i prawidłowo w dokumentacji przetargowej obowiązku zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia;

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 528 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie*. Terminy na wniesienie odwołania oraz sposób liczenia terminów określa art. 515 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo w terminie 15 dni - jeżeli została przekazana w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Czynnością, o której mowa w ww. przepisie, jest niewątpliwie czynność poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Taką informację, informację o poprawieniu omyłki w ofercie Odwołujący UNIBEP otrzymał w dniu 12 lipca 2021 r. Termin na wniesienie odwołania mijał

więc w dniu 22 lipca 2021 r. W dacie tej Odwołujący UNIBEP posiadał bowiem wiedzę o poprawieniu przez zamawiającego jego oferty, jak również skutkach braku zgody na poprawienie omyłki. Oferta podlega bowiem odrzuceniu, gdy wykonawca, który złożył ofertę zawierającą omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyraził sprzeciw wobec jej poprawienia. Art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3* ustawy Pzp. Odrzuceniu podlega więc oferta wykonawcy, który w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie zakwestionował poprawienie omyłki niezależnie od tego czy poprawienie było prawidłowe, czy też nie. Skoro więc Odwołujący UNIBEP nie wyraził zgody na poprawienie oferty to oznacza, że kwestionował tę czynność i to na tę czynność – czynność poprawienia przez Zamawiającego treści jego oferty powinien był wnieść odwołanie. Kwestionowanie czynności z dnia 12 lipca 2021 r. w odwołaniu z dnia 26 lipca 2021 r. jest spóźnione.

W konsekwencji powyższego stwierdzić należy, że odwołanie które wpłynęło w dniu 26 lipca 2021 r. jest odwołaniem wniesionym nie tylko z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie ale także odwołaniem wniesionym przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 505 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców. Tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania. Tym samym podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Przez wykonawcę – zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp - należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Status wykonawcy wiąże się więc z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Status ten można utracić w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę, czynności bądź zaniechań czynności zamawiającego, w tym przypadku czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego UNIBEP. Oferta Odwołującego UNIBEP, wobec braku jego zgody napoprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp została odrzucona. Natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego UNIBEP, ale dotyczą czynności Zamawiającego związanych z poprawieniem omyłek w ofercie tego wykonawcy oraz zaniechania określonych czynności w stosunku do ofert konkurencji. Status wykonawcy Odwołujący UNIBEP niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), jednak w wyniku czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, a polegającej poprawieniu omyłek, której to czynności Odwołujący UNIBEP nie zakwestionował, utracił status aktywnego uczestnika postępowania. Czynność Zamawiającego wobec niezakwestionowania tej czynności przez Odwołującego UNIBEP wywiera skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny. Odwołujący UNIBEP utracił status aktywnego uczestnika postępowania w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu omyłek w jego ofercie, gdyż sam zrezygnował ze statusu aktywnego uczestnika postępowania.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 26 lipca 2021 r. zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, a tym samym skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 528 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Na podstawie § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku odrzucenia odwołania przez izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Przewodniczący: ……..…....

……..

……..