Sygn. akt: KIO 2208/22

WYROK

z dnia 1 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2022 roku przez wykonawcę J. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą J. M. „Eduko" al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. U 211 02-797 Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę AV Multimedia M. i Spółka Spółka jawna z siedzibą w Kielcach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - 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 2208/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „ZAKUP, DOSTAWA I MONTAŻ WYPOSAŻENIA SZKÓŁ PODSTAWOWYCH W GDAŃSKU W RAMACH PROGRAMU „LABORATORIA PRZYSZŁOŚCI"; sygnatura postępowania: BZP.271.17.2022 (dalej: „Zamówienie" lub „Postępowanie"). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) zwanej dalej jako „Pzp" lub „ustawa". Ogłoszenie

o zamówieniu zostało opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2022/S 103-288258. Wartość zamówienia: powyżej 215.000 EURO.

W dniu 22 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę J. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą J. M. EDUKO al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. U 211 02-797 Warszawa od czynności niezgodnych z przepisami Pzp podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz od zaniechania przez Zamawiającego czynności, do wykonania których był on zobowiązany na mocy ustawy Pzp, które prowadziły do niezasadnego unieważnienia Postępowania w części nr 1. W przypadku przeprowadzenia czynności badania i oceny oferty dla części nr 1 Postępowania w sposób prawidłowy, oferta wykonawcy AV MULTIMEDIA M. I SPÓŁKA Sp. J. (dalej jako: „Wykonawca AV") podlegałaby odrzuceniu, zaś oferta Odwołującego znalazłaby się na pierwszym miejscu listy rankingowej, tym samym umożliwiłaby Odwołującemu uzyskanie Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp, mające istotny wpływ na wynik w części nr 1 Postępowania:

1. naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez

   bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w art. 255 pkt 6 Pzp nie zaistniały, przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie było obarczone wadą, zwłaszcza nieusuwalną i istotną, a nadto zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem (w szczególności z powodu udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Pzp), a Zamawiający, mimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej unieważnił przedmiotowe Postępowanie (co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców) i to w sytuacji, w której oferta złożona przez Odwołującego była w całości zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz opisem przedmiotu zamówienia, i można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnieniu) i skuteczną umowę o wykonanie przedmiotu zamówienia.

   2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Wykonawcy AV w sytuacji gdy z formularza oferty Wykonawcy AV oraz wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, jednoznacznie wynika, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, wobec czego oferta Wykonawcy AV powinna zostać odrzucona.

W nawiązaniu do przedstawionych powyżej zarzutów, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) Pzp Odwołujący wniósł o rozstrzygnięcie polegające na:

1. uwzględnieniu odwołania,

2. nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,

3. nakazaniu powtórzenia czynności Zamawiającego badania i oceny ofert z uwzględnieniem powyższych okoliczności, w konsekwencji odrzucenie oferty Wykonawcy AV i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

W oparciu o art. 575 Pzp Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego - opłaty z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów doradztwa i zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z rachunkiem przedstawionym przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż prowadzi działalność gospodarczą tożsamą z zakresem obejmującym przedmiot Zamówienia.

W przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego skutkujących unieważnieniem czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania, powtórzeniu czynności polegających na badaniu i ocenie ofert, oferta Wykonawcy AV podlegałaby odrzuceniu,

zaś oferta Odwołującego znalazłaby się na pierwszym miejscu listy rankingowej. Zamawiający w konsekwencji przeprowadziłby procedurę wezwania do złożenia

przedmiotowych

i podmiotowych środków dowodowych, których prawidłowa ocena prowadziłaby do wyboru

oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1 Zamówienia. Realizacja Zamówienia skutkowałaby zapewnieniem Odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że dnia 30 maja 2022 r. Zamawiający opublikował SWZ z załącznikami oraz ogłoszenie o zamówieniu. Zamówienie zostało podzielone na 5 części. Przedmiot zamówienia określony został w rozdziale 2 ust. 3 SWZ:

Przedmiotem zamówienia jest zakup, dostawa i montaż wyposażenia szkół podstawowych w Gdańsku w ramach programu „Laboratoria przyszłości".

Dodatkowo Zał. nr 1 do SWZ określał Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ"). Z punktu widzenia Odwołującego, istotne znaczenie miał OPZ dla zadania nr 1, dla którego to zadania Odwołujący złożył ofertę. Przedmiotem Zamówienia w zadaniu nr 1 była dostawa „Sprzętu 3D z akcesoriami".

Zamawiający określił sposób przygotowania oferty w Rozdziale 9 SWZ, wskazując w ust. 4:

„Zaleca się, aby oferta została sporządzona na formularzu załączonym do niniejszej specyfikacji warunków zamówienia - Rozdział 18 „Wzór oferty""

Sposób obliczenia ceny określono w Rozdziale 11 SWZ:

„Rozdział 11

Opis sposobu obliczenia ceny

1. Od Wykonawcy wymaga się, pod rygorem odrzucenia oferty, określenia ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, zawierającej cenę netto i należny podatek VAT.

2. Oferowana cena musi uwzględniać wszystkie koszty jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, które to koszty wynikają z Opisu Przedmiotu Zamówienia określonego w Rozdziale 2 SWZ, załączniku nr 2 do SWZ oraz Projektowanych Postanowień Umowy, które mogą mieć wpływ na kalkulację ceny.

3. Wykonawca zobowiązany jest, pod rygorem odrzucenia oferty, do wypełnienia tabeli w punkcie 1 formularza ofertowego i określenia w niej cen, zgodnie z przedstawionym schematem.

4. Podana przez Wykonawcę cena stanowić będzie podstawę do porównania i oceny ofert oraz do zawarcia umów z Wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. W trakcie realizacji umów rozliczenia między Wykonawcą a Zamawiającym dokonywane będą na podstawie rzeczywistych kosztów w oparciu

o ceny podane w formularzu cenowym. [...]"

W toku postępowania wykonawcy zadawali pytania do SWZ, zgodnie z procedurą przewidzianą w Pzp. Dnia 22 czerwca 2022 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia treści

SWZ wraz z treścią pytań źródłowych zadanych przez Wykonawców. Poniżej treść pytania nr 3 oraz odpowiedzi do pytania:

„PYTANIE nr 3

Czy wyrażają Państwo zgodę na to, aby w ofercie na drukarkach oraz skanerach była 0% Vat, zgodnie z podstawą prawną ? W trybie Ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11.03.2004 r. (Dz. U. z 2021 r. poz.685) na podstawie art. 83 ust. 1 pkt. 26 w sprawie wykorzystania sprzętu komputerowego, do którego stosuje się stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 0% oraz warunków jej stosowania.

ODPOWIEDZ ZAMAWIAJACEGO:

Tak, Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania 0% Vat przy drukarkach i skanerach.”

Termin składania ofert upływał dnia 28 czerwca 2022 r. W dniu 29 lipca 2022 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, obejmującą m.in. wybór w zakresie zadania nr 1. Zgodnie z tą informacją, oferta Wykonawcy AV została wybrana jako najkorzystniejsza.

Wobec powyższego, Odwołujący uzyskał dostęp do treści oferty złożonej przez Wykonawcę AV. W wyniku analizy treści oferty Wykonawcy AV, Odwołujący dostrzegł, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, wobec czego poinformował o tym fakcie Zamawiającego pismem z dnia 2 sierpnia 2022 r., wnioskując jednocześnie o ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i o odrzucenie oferty Wykonawcy AV.

W odpowiedzi na ww. pismo, Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2022 r. poinformował Odwołującego, iż nie dostrzega on podstaw do wykluczenia Wykonawcy AV z postępowania, wskazując jednocześnie, że w dniu 2 sierpnia 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy AV o wyjaśnienie odnośnie postawionego zarzutu przez Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający wskazał:

„Na podstawie uzyskanych wyjaśnień od Wykonawcy oraz załączanego do wyjaśnień oświadczenia importera, Zamawiający uznał, iż nie ma podstaw do wykluczenia AV Multimedia M. i Spółka Sp.j.

Jednocześnie Zamawiający pragnie zaznaczyć, że w Formularzu oferty nie narzucił stawki podatku VAT gdyż, to wykonawca wskazuje jaką zastosuje stawkę podatku, ponosząc ryzyko

zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT.”

Wobec zaistniałego stanu rzeczy, Odwołujący ponownie skierował pismo do Zamawiającego jeszcze tego samego dnia, tj. 3 sierpnia 2022 r., wskazując m.in.,

że Wykonawca AV zastosował błędną stawkę podatku VAT dla produktu Pen 3D - wraz z pakietem filamentów PCL a w swoim wyjaśnieniu uznał błąd. Jednocześnie Odwołujący argumentował konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy AV. W tym miejscu należy wskazać, iż w toku czynności badania i oceny ofert, Zamawiający wzywał Wykonawcę AV pismem z dnia 8 lipca 2022 r. do wyjaśnienia zastosowania stawki podatku VAT 0% w zadaniu nr 1 poz. 5. Wykonawca AV w odpowiedzi z dnia 11 lipca 2022 r. wskazywał, że produkt z poz. nr 5, tj. Pen 3D to miniaturowa drukarka 3D objęta zwolnieniem przedmiotowym z podatku VAT. Wyjaśnienie Wykonawcy AV uznać należy za całkowicie chybione, świadczące o braku świadomości co do oferowanych przez siebie produktów, ewentualnie stanowiące próbę upartego wykazywania prawidłowości złożonej przez siebie oferty.

Pismem z dnia 14 lipca 2022 r., Zamawiający poinformował Wykonawcę AV o poprawieniu omyłki w złożonej przez niego ofercie, wskazując (poniżej cytat z treści

pisma):

„Działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3, zamawiający poprawia w treści oferty wykonawcy, omyłka polegającą na błędnym zastosowaniu podatku VAT w pozycji nr 5 dot. Pena 3D w formularzu ofertowym w konsekwencji w oferta ceny obarczona jest błędem. Zamawiający po przeanalizowaniu Państwa wyjaśnień dot. zastosowania podatku VAT oraz przepisów dot. o podatku od towarów i usług uznaje, że powinna być zastosowana stawka 23% podatku VAT w pozycji 5. [...]

W związku z powyższym, zamawiający dokonuje następujących poprawek w treści: oferty w punkcie 1 dla zadania nr 1:

W pkt 1.1 formularza oferty Było: 201 695,38 zł Jest: 205 317,69 zł”

Co przy tym istotne, wyjaśnienia Wykonawcy AV oraz poprawka dokonana przez Zamawiającego, zupełnie nie idą ze sobą w parze.

Wobec powyższych okoliczności ujawnionych w toku wymiany pism pomiędzy

Zamawiającym a Odwołującym, Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1, zawiadamiając o tym pismem z dnia 4 sierpnia 2022 r. Jednocześnie Zamawiający poinformował o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu zmierzającym do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania dla zadania nr 1, na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, tj. z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W treści zawiadomienia Zamawiający powołał zupełne chybioną argumentację, z którą nie sposób się zgodzić:

„Zgodnie z Rozdziałem 11 Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej „SWZ", Zamawiający określił sposób obliczenia ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, przy czym ,Zamawiający w SWZ nie wskazał jakie stawki podatku VAT należało przyjąć w Zadaniu nr 1, przerzucając tym samym ciężar prawidłowego zastosowania stawki VAT na Wykonawców, pod rygorem odrzucenia oferty ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Konsekwencją tego było otrzymanie przez Zamawiającego ofert nieporównywalnych, gdyż Wykonawcy zastosowali do obliczenia ceny oferty brutto różne stawki podatku VAT. Obowiązkiem Zamawiającego jest zweryfikowanie stawek podatku VAT, przyjętych przez Wykonawców do obliczenia ceny oferty. Zamawiający musi mieć pewność, która stawka podatku VAT jest prawidłowa. W konsekwencji nie może przyjąć ofert z różnymi stawkami VAT (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.10.2019 r. sygn .akt KIO 1966/19). Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym Zamawiający powinien dochować należytej staranności aby finalnie otrzymać porównywalne oferty, czego w tym przypadku nie dopełnił. Jednocześnie termin realizacja przedmiotu zamówienia, który został wyznaczony na dzień 31.08.2022 r., na tym etapie postępowania, w ocenie Zamawiającego, jest już terminem nierealnym na jego realizację. W przypadku niezrealizowania zamówienia w tym terminie zamawiającemu zostaną cofnięte środki.

Niemożliwy jest zatem wybór oferty najkorzystniejszej, bez naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający nie może zmieniać SWZ (poprawiać błędu) po otwarciu ofert, a poprawienie omyłek w ofertach musi odbywać się zgodnie z zasadami wskazanymi w ustawie Pzp, ponadto należy zauważyć, że możemy mieć do czynienia z umową na świadczenie niemożliwe do wykonania. Z uwagi na powyższe przedmiotowe postępowanie należało unieważnić, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego."

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, postanowienia SWZ oraz przepisy PZP, w świetle powyżej ujawnionego stanu faktycznego, Zamawiający winien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy AV oraz zakończyć postępowania dla zadania nr 1 wyborem oferty Odwołującego. W żadnym wypadku natomiast Odwołujący nie posiadał uprawnienia do unieważnienia postępowania dla zadania nr 1.

Z powyższego stanu faktycznego ujawnia się obraz szeregu naruszeń dokonanych przez Zamawiającego w toku Postępowania dla zadania nr 1.

A. NIEZASADNE UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA

Zgodnie z treścią zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 11.08.2022 r., Zamawiający powołał się na przesłankę postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przyjmuje się, że dla skorzystania z tej przesłanki wada musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych procedur sanacyjnych. Wada musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie może podjąć decyzji

o unieważnieniu postępowania na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności w sytuacji posiadania w dniu podjętej

decyzji o unieważnieniu, innych ważnych ofert dających się wybrać (w tym oferty Odwołującego), z zaoferowanym terminem realizacji umowy w wymiarze 5 dni.

Jednocześnie Zamawiający powołał szereg argumentów z różnych podstaw prawnych, odwołując się m.in. do kwestii:

• Ofert nieporównywalnych:

Zamawiający w błędny sposób posługuje się w uzasadnieniu pojęciem ofert nieporównywalnych! Według Słownika Języka Polskiego „porównywalny" to taki, który jest podobny do innego na tyle, aby można go z nim porównać. W przypadku zamówień publicznych, oferty muszą być porównywalne, przedmiot zamówienia musi być porównywalny, obejmować ten sam zakres, wykonawcy oferujący ten sam przedmiot zamówienia muszą spełniać takie same warunki udziału w postępowaniu, itd.

Jak wspomniano już w opisywanym w pkt 2 powyżej stanie faktycznym sprawy,

Zamawiający w sposób wyczerpujący określił w rozdziale 11 SWZ, zasady sporządzania ofert, również w zakresie określenia stawki VAT oferowanych przez Wykonawców produktów.

Co więcej, kwestia prawidłowej stawki podatku VAT była przedmiotem pytań wykonawców w ramach procedury wyjaśnień treści SWZ. Również przygotowany przez Zamawiającego formularz ofertowy nie pozostawiał żadnych wątpliwości co do zasad sporządzania oferty

w tym zakresie.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, nie sposób mówić o ofertach niedających się porównać, w przypadku takiego określenia zasad wskazywania przez wykonawców stawki VAT, która pozwala każdemu z wykonawców na samodzielne jej wskazanie, w trakcie sporządzania oferty, przy jednoznacznym określeniu zasad dot. sporządzania tych ofert w zakresie poszczególnych składników kreujących cenę oferty, obejmujących cenę netto, stawkę VAT oraz cenę brutto.

• Niejednoznacznego i niewyczerpującego opisania przedmiotu zamówienia:

Zamawiający także w tym wypadku błędnie posługuje się cytowanymi pojęciami, które stosuje się w przypadku błędnego opisania przedmiotu zamówienia, nie zaś w okolicznościach stanu faktycznego sprawy. Nie sposób bowiem zgodzić się z tezą, jakoby złożenie przez Wykonawcę AV oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny, w jakikolwiek sposób dało się powiązać

z przesłanką niejednoznacznego i niewyczerpującego opisania przedmiotu zamówienia.

• Terminu realizacji zamówienia:

Zamawiający powołuje się w treści decyzji na okoliczność przedłużenia się postępowania, która w jego błędnym przekonaniu, stanowić może wadę postepowania. Niemożność świadczenia w zakresie i terminie przewidzianym jest zjawiskiem do przewidzenia i samo jako takie nie może stanowić wady postępowania tkwiącej w tym postępowaniu od początku a także wadą niemożliwą do usunięcia. W orzecznictwie przyjmuje się możliwość zmiany terminu realizacji umowy w takim wypadku, na podstawie przepisów o dopuszczalnej zmianie umowy z uwagi na nieistotne zmiany.

• Braku środków na realizację zamówienia w związku z upływem terminu do realizacji zamówienia:

Niniejsza kwestia pozostaje zupełnie bez znaczenia w okolicznościach sprawy.

Po pierwsze - na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy, Zamawiający posiada uprawnienie do unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części

zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu (tak w art. 257 i 310 PZP). W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przewidział takiej możliwości w żadnym dokumencie postępowania.

Po drugie - ewentualna sytuacja, w której Zamawiający nie dysponuje środkami na realizację zamówienia, nie może być rozpatrywana przez pryzmat powołanej przez Zamawiającego przesłanki unieważnienia, występującą w art. 255 pkt 6 PZP, a jedynie przez pryzmat przepisu samoistnej przesłanki unieważnienia postępowania z art. 257 PZP, której to możliwości Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział.

Po trzecie - w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewidział w dokumentacji postępowania możliwości unieważnienia postępowania na podstawie art. 257 PZP, musi on liczyć się z wszelkimi negatywnymi tego konsekwencjami, a w przypadku przeprowadzenia postępowania w sposób pozwalający ostatecznie na wybór jednej z ważnych złożonych ofert, zobligowany jest do zabezpieczenia odpowiednich środków na realizację zamówienia.

Dodatkowo należy zauważyć, że jak wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do art. 255 pkt 5 ustawy Pzp (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, str. 766): "Interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego (przypis 227 - Por. wyrok SO w Gliwicach z 10 listopada 2005 r., III Ca 855/05, niepubl.). O tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, nie przesądza wyłącznie możliwość zmniejszenia wydatków w wyniku samodzielnego wykonania zamówienia przez zamawiającego (przypis 228 - Por. wyrok SO w Nowym Sączu z 22 września 2009 r., III Ca 418/09, LEX nr 532695) albo brak środków finansowych na realizację zamówienia. Dodatkowo nie można co do zasady traktować tych okoliczności jako nieprzewidywalnych, skoro zamawiający powinien przed wszczęciem postępowania dokonać analizy swoich potrzeb (art. 83 Pzp) oraz oszacować z należytą starannością wartość zamówienia (art. 28 Pzp)." [.] Ponadto, zamawiający nie wykazał, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło we właściwym czasie, jak i nie wykazał odpowiedniej koordynacji z przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia na wykonanie robót budowlanych w zakresie przebudowy i rozbudowy hali widowiskowo - sportowej Urania.”

- Ryzyka wystąpienia umowy o świadczenie niemożliwe:

Kwestia ta pojawiła się również w kontekście terminu realizacji zamówienia, w tym wypadku również błędnie użyta przez Zamawiającego. W świadczeniu niemożliwym chodzi o takie świadczenie które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, nie tylko przez danego wykonawcę, ale i osoby trzecie. Niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Tym samym zastrzeżenie w umowie terminu obiektywnie niemożliwego do dochowania nie oznacza, że strony zawarły umowę o świadczenie niemożliwe.

W świetle powyższej argumentacji, należy uznać, iż Zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisu art. 255 pkt. 6 PZP, prowadząc do niezasadnego unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy postępowanie należało doprowadzić do końca, wybierając ofertę

Odwołującego, a ponadto dokonując zupełnie chybionej argumentacji, zupełnie rozmijającej się z samą naturą przepisu.

B. BŁĄD W OBLICZENIU CENY PRZEZ WYKONAWCĘ AV

Abstrahując od kwestii unieważnienia postępowania, wziąwszy pod uwagę okoliczności sprawy, w tym również prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą AV wymianę korespondencji, w tym procedurę wyjaśnienia treści oferty oraz dokonanie nieuzasadnionej poprawki omyłki, nie ulega wątpliwości, że oferta Wykonawcy AV podlegać powinna w toku postępowania odrzuceniu.

Zgodnie z rozdziałem 11 SWZ , Zamawiający określił wymogi co do wskazania stawki VAT: 1. Od Wykonawcy wymaga się, pod rygorem odrzucenia oferty, określenia ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, zawierającej cenę netto i należny podatek VAT. 2. Oferowana cena musi uwzględniać wszystkie koszty jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, które to koszty wynikają z Opisu Przedmiotu Zamówienia określonego w Rozdziale 2 SWZ, załączniku nr 2 do SWZ oraz Projektowanych

Postanowień Umowy, które mogą mieć wpływ na kalkulację ceny. 3. Wykonawca zobowiązany jest, pod rygorem odrzucenia oferty, do wypełnienia tabeli w punkcie 1 formularza ofertowego

i określenia w niej cen, zgodnie z przedstawionym schematem.

Takie określenie SWZ jest prawidłowe. W orzecznictwie przyjmuje się, że w takiej sytuacji, tj. przerzuceniu określenia stawki VAT przez wykonawcę, to on ponosi negatywne konsekwencje wskazania błędnej stawki VAT. Wskazane przez Wykonawcę AV w formularzu ofertowym informacje, świadczą o popełnieniu błędu w obliczeniu ceny, która prowadzić powinna do odrzucenia oferty. Popełniony błąd nie podlega również poprawie w trybie omyłki.

Poniżej fragmenty ugruntowanego orzecznictwa KIO, dotyczącego błędów w obliczeniu ceny, które potwierdzają zasadność odrzucenia oferty Wykonawcy AV.

W świetle powyższej argumentacji, ujawnionego stanu faktycznego i okoliczności sprawy, biorąc pod uwagę przeprowadzoną przez Zamawiającego procedurę wyjaśnień treści oferty złożonej przez Wykonawcę AV, nie ulega wątpliwościom fakt, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

W związku z powyższym, z uwagi na daleko idące ograniczenia konkurencji oraz naruszenia przepisów postępowania o udzielenie zamówienia w niniejszym, niniejsze Odwołanie jest zasadne i powinno zostać uwzględnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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.

Izba ustaliła i zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności

do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w ocenie Izby zarzut należy uznać za zasadny.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie

zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba wskazuje, że treść art. 255 ustawy Pzp wprowadza obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia jednej z określonych w nim przesłanek. Brzmienie przepisu jednoznacznie wskazuje na to, iż w razie zaistnienia opisanej w nim okoliczności unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, ale jego obowiązkiem. Podstawą do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotna jest zatem okoliczność, że wada skutkująca unieważnieniem postępowania musi mieć nieusuwalny charakter. Musi to być więc takie uchybienie proceduralne, które nie może zostać skorygowane przez Zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Jednakże okoliczność skutkująca możliwością usunięcia wady postępowania powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby stan faktyczny sprawy nie stanowi uzasadnienia dla unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust.

6 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2022 r. unieważnił postępowanie w zakresie Zadania

1. W uzasadnieniu unieważnienia Zamawiający wskazał: Zgodnie z Rozdziałem 11 Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej „SWZ", Zamawiający określił sposób obliczenia ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, przy czym Zamawiający w SWZ nie wskazał jakie stawki podatku VAT należało przyjąć w Zadaniu nr 1, przerzucając tym samym ciężar prawidłowego zastosowania stawki VAT na Wykonawców, pod rygorem odrzucenia oferty ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Konsekwencją tego było otrzymanie przez Zamawiającego ofert nieporównywalnych, gdyż Wykonawcy zastosowali do obliczenia ceny oferty brutto różne stawki podatku VAT.

(...)

Jednocześnie termin realizacji przedmiotu zamówienia, który został wyznaczony na dzień 31.08.2022 r., na tym etapie postępowania, w ocenie Zamawiającego, jest już terminem nierealnym na jego realizację. W przypadku niezrealizowania zamówienia w tym terminie zamawiającemu zostaną cofnięte środki.

Niemożliwy jest zatem wybór oferty najkorzystniejszej, bez naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy

Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający nie może zmieniać SWZ (poprawiać błędu) po otwarciu ofert, a poprawienie omyłek w ofertach musi odbywać się zgodnie z zasadami wskazanymi w ustawie Pzp, ponadto należy zauważyć, że możemy mieć do czynienia z umową na świadczenie niemożliwe do wykonania.

Z uwagi na powyższe przedmiotowe postępowanie należało unieważnić, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby, żaden z przywołanych argumentów nie stanowi uzasadnienia dla unieważnienia postępowania na podstawia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Po pierwsze Izba nie dostrzega wady postępowania w zapisach specyfikacji warunków zamówienia dotyczących sposobu obliczenia ceny. Zamawiający jako gospodarz postępowania sam kreuje zapisy specyfikacji, z zastrzeżeniem, że muszą być one zgodne z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie musi (choć może) wskazywać obowiązującej stawki podatku VAT, lecz w takim przypadku ciąży na nim obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawcę stawki, której określenie w niewłaściwej wysokości stanowi błąd

w obliczeniu ceny. Izba podziela stanowisko przywołane przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 15 października 2019 r. sygn. akt KIO 1966/19, iż Zamawiający nie może przyjąć ofert z różnymi stawkami VAT. Nie oznacza to jednak konieczności unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz obowiązek odrzucenia tej oferty, która zawiera niewłaściwa stawkę podatku VAT, stanowiącego błąd w obliczeniu ceny.

W przedmiotowych postępowaniu Zamawiający mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu zgodności z zapisami SWZ oraz obowiązującymi przepisami prawa i zawrzeć niepodlegającą unieważnieniu umowę.

Nie zasługuje na uwzględnienie również drugi z przywołanych argumentów uzasadniających unieważnienie postępowania, tj. okoliczność, że termin realizacji zamówienia został wyznaczony na dzień 31.08.2022 r., tym samym obecnie jest terminem nierealnym na realizacje zamówienia. Ponadto powyższe okoliczności mogą skutkować zawarciem umowy na świadczenie niemożliwe do wykonania.

Izba wskazuje, że nie wzięła pod uwagę argumentacji przywołanej przez Zamawiającego dopiero na rozprawie, której treść nie znalazła potwierdzenia w dokumentacji postępowania oraz uzasadnieniu unieważnienia postępowania i która nie była znana Odwołującemu. Odwołujący wnosząc odwołanie nie miał możliwości ustosunkowania się do jej treści, podnosząc konkretne zarzuty. Dotyczy to okoliczności realizacji zamówienia w ramach Programu „Laboratoria Przyszłości" oraz okoliczności związanych z treścią wiadomości przesłanej pocztą elektroniczną w dniu 4 sierpnia 2022 r. przez p. A. M.

Izba w całości podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym dla skorzystania w przywołanej przesłanki unieważnienia postępowania, wada musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych procedur sanacyjnych. Wada musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie może podjąć decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności w sytuacji posiadania w dniu podjętej decyzji o unieważnieniu, innych ważnych ofert dających się wybrać (w tym oferty Odwołującego),

z zaoferowanym terminem realizacji umowy w wymiarze 5 dni.

Izba podkreśla, że konieczności odrzucanie oferty wykonawcy, zawierającej błąd w obliczeniu ceny, nie może skutkować koniecznością unieważnienia postępowania na

podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego dotyczącym tego, iż okoliczności sprawy wskazują na wystąpienie świadczenia niemożliwego do realizacji.

W tym zakresie Izba w całości popiera stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego

z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt VCSK 379/09, zgodnie z którym: czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym - niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej). Przepis art. 387 § 1 k.c. odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu.

Dodać należy, że zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Interpretacji tej normy dokonał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27 września 2016 r., sygn. akt VI ACa 817/15, wskazując , że „w przepisie art. 387 § 1 k.c. chodzi o takie zachowanie się dłużnika, które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, a więc, nie tylko przez dłużnika, ale i osoby trzecie. Nadto, niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca

w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Kwestią kluczową jest to, że pojęcie niemożliwości świadczenia łączy się z samym zachowaniem dłużnika (świadczeniem), którego dotyczy umowa

lub z przedmiotem świadczenia (jego cechą). Nie dotyczy natomiast innych elementów kształtujących treść stosunku zobowiązaniowego, jak sposób, miejsce, czy też termin spełnienia świadczenia. Należy zatem uznać, że zastrzeżenie w umowie terminu obiektywnie niemożliwego do dochowania nie oznacza, że strony zawarły umowę o świadczenie niemożliwe.

W ocenie Izby zasadnym jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 457 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Reasumując, wskazane przez Zamawiającego okoliczności i ich uzasadnienie, nie stanowią podstawy do unieważnienie postępowania.

W powyższych okolicznościach, z uwagi na brak zaistnienia przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp zarzut należało uwzględnić.

Za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę AV Multimedia M. i Spółka sp. j. w sytuacji gdy z formularza oferty oraz wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, jednoznacznie wynika, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, wobec czego oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba podkreśla, że przepis art. 226 Pzp zawiera nakaz dla zamawiającego odrzucenia oferty, jeżeli spełniona została co najmniej jedna przesłanka odrzucenia. Zamawiający nie może zatem odstąpić od odrzucenia oferty, jeśli zaistniała co najmniej jedna z przesłanek

odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust 1 pkt 1-18 Pzp.

Izba w całości podziela, uznając za własne, stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy,

w wyroku z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11, że błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT.

W analizowanym stanie faktycznym, zgodnie z treścią SWZ (rozdział 11) w zakresie wymogów co do sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał:

1. Od Wykonawcy wymaga się, pod rygorem odrzucenia oferty, określenia ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, zawierającej cenę netto i należny podatek VAT.

2. Oferowana cena musi uwzględniać wszystkie koszty jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, które to koszty wynikają z Opisu Przedmiotu Zamówienia określonego w Rozdziale 2 SWZ, załączniku nr 2 do SWZ oraz Projektowanych

Postanowień Umowy, które mogą mieć wpływ na kalkulację ceny.

3. Wykonawca zobowiązany jest, pod rygorem odrzucenia oferty, do wypełnienia tabeli w punkcie 1 formularza ofertowego i określenia w niej cen, zgodnie z przedstawionym schematem.

Z powyższego wynika, iż Zamawiający nie określił wymaganej stawki podatku Vat, lecz pozostawił jej prawidłowe określenie wykonawcy. Zamawiający sam określił, że wymaga od wykonawcy podania należnego podatku Vat. Nieuzasadniona jest zatem czynność Zamawiającego, który w wyniku weryfikacji zaoferowanej przez wykonawcę stawki podatku Vat dla poz. 5, dokonał jej poprawienia, mając świadomość, iż wykonawca zaoferował podatek Vat w niewłaściwej stawce. Powyższe okoliczności świadczą o złożeniu oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, co jest obligatoryjną przesłanką odrzucania oferty.

Izba podkreśla, że z okoliczności wynikających z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający unieważniając w dniu 4 sierpnia 2022 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie unieważnił czynności poprawienia w ofercie wykonawcy AV stawki podatku Vat. Zatem pozostawił w mocy decyzję, zgodnie z którą dokonał poprawienia treści oferty w sposób nieznajdujący podstawy prawnej. Izba zobowiązana zatem była do rozpoznania zarzutu polegającego na zaniechaniu czynności Zamawiającego, poprzez brak odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Wobec powyższego, z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki podatku Vat w ofercie wykonawcy AV, stanowiącej błąd w obliczeniu ceny, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zarzut Odwołującego należało zatem uznać za zasadny.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 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).

Przewodniczący: .....