

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 14 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 13 maja 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 26 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego: **SPB CONTECH Sp. z o.o./s w Gdańsku** (ul. Opata Jacka Rybińskiego 24, 80320 Gdańsk) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP z/s w Sopocie** (Al. Niepodległości 778, 81805 Sopot),

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **SPB CONTECH Sp. z o.o./s w Gdańsku** (ul. Opata Jacka Rybińskiego 24, 80320 Gdańsk) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Sygn. akt: 1449/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę: **SPB CONTECH Sp. z o.o./s w Gdańsku** (Odwołujący lub **SPB Contech**) w postępowaniu prowadzonym przez **Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP z/s w Sopocie** (Zamawiającego). Wnoszący odwołanie wykonawca podał, że odwołanie dotyczy zapytania ofertowego nr I/ZO/2024/RB, które to zapytanie dotyczy projektu pn.: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z drogą wewnętrzną, placami i parkingiem na nieruchomości przy Trakcie Św. Wojciecha w Gdańsku, działka nr 26/6, obręb 310” (ewentualnie: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z zagospodarowaniem terenu”) - opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego: . Do tego odwołania załączy został dowód uiszczenia wpisu w kwocie 10.000 zł.

Wykonawca **SPB Contech** podał:

(...) *wnoszę odwołanie od:*

- niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z drogą wewnętrzną, placami i parkingiem na nieruchomości przy Trakcie Św. Wojciecha w Gdańsku, działka nr 26/6, obręb 310” (także jako: „Budowę budynku spiżarni Caritas wraz z zagospodarowaniem terenu”), polegającej na "borze w dniu 22 kwietnia 2024 r. jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - **OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o.** przy jednoczesnym podwyższeniu kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, co nastąpiło w konsekwencji bezpodstawnego i dowolnego unieważnienia przez Zamawiającego z dniem 19 kwietnia 2024 r. wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego dokonanego w dniu 18 kwietnia 2024 r. w ramach w/w postępowania”.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1.art. 513 pkt 3 PZP w zw. z art. 4 pkt 2 i 3 PZP — poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania przepisów ustawy PZP wprost na grunt niniejszego postępowania, w sytuacji gdy Zamawiający jest zamawiającym publicznie w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, zaś wartość zamówienia przypada powyżej progów minimalnych, stąd stosowanie przepisów ustawy PZP pozostaje w niniejszym przypadku obligatoryjne i nie może zostać wyłączone skutecznie dowolnym oświadczeniem Zamawiającego, który i tak pośrednio korzystał z rygoru postępowania o Pzp, a ponadto inwestycja współfinansowana jest ze środków unijnych (publicznych);
- 2.art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. art. 223 ust. 2 pkt. 1 i 2 PZP- poprzez błędne i dowolne uznanie, iż oferta Wykonawcy - **OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o.** jest ofertą najkorzystniejszą z ofert zgłoszonych w przedmiotowym postępowaniu i podlega wyborowi, w sytuacji gdy w/w oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona jeszcze na etapie przed wyborem jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego jako zawierająca błąd w cenie i jako taka podlegająca obligatoryjnemu odrzuceniu (i zarazem wykluczeniu) z postępowania, który to błąd w cenie nie podlega konwalidacji w trybie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej, a zatem w/w oferta nie może podlegać wyborowi;
- 3.art. 223 ust. 2 pkt. 1 i 2 PZP w zw. z art. 254 pkt. 1 PZP - poprzez błędne uznanie, iż w ofercie Wykonawcy - **OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o.** zaistniała oczywista omyłka pisarska w zakresie kwoty ofertowej brutto, w sytuacji gdy powyższe stanowi błąd w obliczeniu ceny, obciążający w/w Wykonawcę i skutkujący koniecznością odrzucenia ofert w/w

Wykonawcy przez Zamawiającego, zważywszy także na okoliczność, iż Zamawiający w zapytaniu ofertowym wyraźnie określił kryterium oceny ofert w zakresie ceny ofertowej rozumianej jako łączna cena brutto obejmująca wszystkie koszty wykonania zamówienia, która zarazem potwierdzona musi zostać słownie - w konsekwencji czego nieprawidłowo Zamawiający uznał, iż zachodzą przesłanki do powtórzenia czynności badania i oceny ofert wraz z uwzględnieniem w/w autokorekty dokonanej przez Wykonawcę, w sytuacji gdy niniejsze postępowanie powinno zostać zakończone po wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, prowadząc do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4.art. 255 pkt. 1-8 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 10 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP - poprzez błędne i nieuzasadnione unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji gdy nie zachodzi żadna z podstaw uprawniających Zamawiającego do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz w rzeczywistości zaistniały okoliczności przemawiające za odrzuceniem oferty innego Wykonawcy obciążonej istotnym błędem w obliczeniu ceny, niemające zarazem wpływu na wynik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o: (...)

1.uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu - Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP unieważnienia czynności wyboru w dniu 22 kwietnia 2024 r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o.;
- 2)nakazanie Zamawiającemu - Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP odrzucenia oferty Wykonawcy - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny brutto;
- 3)nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty SPB Contech Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej

2.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego; (...)

W punkcie 3 wniósł ponadto: (...) o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1)Informacji z dnia 18 kwietnia 2024 r. o wyborze oferty Odwołującego - SPB Contech Sp z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2)Informacji z dnia 19 kwietnia 2024 r. o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty wraz z treścią wiadomości e-mail, którą doręczono Odwołującemu w/w informację na okoliczność: dokonania wyboru oferty Odwołującego w dniu 18 kwietnia 2024 r. jako najkorzystniejszej; unieważnienia przez Zamawiającego w/w wyboru w dniu 19 kwietnia 2024r.; przyczyn w/w decyzji; terminu doręczenia w/w informacji;
- 3)Istotnych warunków zapytania ofertowego z dnia 8 stycznia 2024 r. dot. zapytania ofertowego nr 1/ZO/2024/RB pn.: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z drogą wewnętrzną, placami i parkingiem na nieruchomości przy Trakcie Św. Wojciecha w Gdańsku, działka nr 26/6, obręb 310” na okoliczność: treści w/w zapytania ofertowego; braku podstaw do unieważnienia przez Zamawiającego;
- 4)Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Zapytanie ofertowe nr 1/ZO/2022/RB z dnia 22 kwietnia 2024 r., na okoliczność: treści w/w informacji, dokonania wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej po nieuprawnionej (auto)korekcie ceny brutto oferowanej przez Wykonawcę; terminu powzięcia i zawiadomienia oferentów o niniejszym kwestionowanej czynności Zamawiającego”.

Wykonawca podał, że: „Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione przed upływem 5 dni od dnia 22 kwietnia 2024 r., kiedy to Odwołujący otrzymał informację o podjęciu zaskarżonej czynności przez Zamawiającego.

Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, oświadczam, iż niniejsze odwołanie zostało przesłane Zamawiającemu drogą e-mail, na dowód czego składam w załączeniu potwierdzenie. Jednocześnie nadmieniam, że prawidłowe oznaczenie zapytania ofertowego to 1/ZO/2024/RB, wszelkie odmienności w niniejszym odwołaniu stanowią powielenie oznaczenia przyjętego omyłkowo przez Zamawiającego. (...)

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

W dniu 18 kwietnia 2024 r. Zamawiający - Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP dokonał wyboru oferty Odwołującego - SPB Contech sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako najkorzystniejszej w postępowaniu o zamówienie publiczne zainicjowane zapytaniem ofertowym nr 1/ZO/2024/RB pn. "Budowa budynku spiżarni Caritas, wraz z drogą wewnętrzną, placami i parkingiem na nieruchomości przy Trakcie Św. Wojciecha w Gdańsku, działka nr 26/6, obręb 310" (także jako: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z zagospodarowaniem terenu"). Odwołujący w formularzu ofertowym w odpowiedzi na w/w zapytanie ofertowe określił łączną wartość zamówienia na roboty budowlane na kwotę 8 459 953,64 zł brutto. Kolejno, w dniu 19 kwietnia 2024 r. Zamawiający za pośrednictwem wiadomości e-mail skierował do Odwołującego „Informację o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty zapytanie ofertowe nr 1/ZO/2022/RB”, wskazując, iż podstawa rzeczowej decyzji wynika na tie zgłoszenia przez innego z Wykonawców biorących udział w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne informacji, że „jego oferta zawiera omyłkę pisarską w zakresie kwoty ofertowej brutto.” Jak wskazał przy tym Zamawiający: „W ofercie jest kwota brutto 8 690 264,38 zł, a powinno być 8 609 264,38 zł. Omyłkę potwierdza kwota netto na poziomie 6 999 401,93 zł oraz podsumowanie kwot poszczególnych etapów I i II,

zawartych w formularzu ofertowym." W ocenie Zamawiającego: „Powyższa sytuacja może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym zachodzą okoliczności uzasadniające unieważnienie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty." W następstwie powyższego Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2024 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o., przy uwzględnieniu jako łącznej ceny zamówienia brutto-„skorygowanej” po zgłoszeniu powyższego jako rzekomej omyłki pisarskiej ze strony Wykonawcy. Z decyzją Zamawiającego, odnoszącą daleko idące skutki w zakresie w/w postępowania i interesów majątkowych uczestników tegoż, w szczególności Odwołującego, nie sposób się zgodzić, albowiem oparta została na dalece błędnym założeniu, skutkującym nieuprawnioną konstatacją o możliwości wpływu tegoż na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Na wstępie należy z całą mocą zakwestionować dowolne i jednostronne odstąpienie od Zamawiającego od stosowania przepisów Pzp, które to działanie w realiach realizacji przedmiotowej inwestycji nie leży w granicach uznaniowości Zamawiającego. Zamawiający pozostaje bowiem zamawiającym publicznym, w sytuacji zaś przekroczenia progów minimalnych w zakresie wartości inwestycji (co niniejszym bez wątpienia zaistniało wobec wartości brutto zamówienia przekraczającej 8 000 000 zł brutto). W nawiązaniu do powyższego godzi się podkreślić, iż zgodnie z art. 4 pkt. 2 i 3 Pzp status zamawiającego publicznego nie zależy od konkretnej inwestycji, lecz od ogólnych zasad finansowania i nadzoru nad zamawiającym. W nawiązaniu do powyższego trzeba zwrócić uwagę, iż na gruncie innych postępowań zamawiający, stanowiący jednostki tożsame do statusu Zamawiającego, tj. różniące się jedynie właściwością miejscową w zakresie prowadzonej działalności, określają się prawidłowo jako zamawiający publiczni. I Przy tym na marginesie odnotowania wymaga, iż niniejszym Zamawiający stosunkowo dowolnie i stronniczo sformułował reguły prowadzenia postępowania, podejmując a priori próbę wyłączenia jakiejkolwiek swej odpowiedzialności wobec wykonawców-oferentów, wykluczenia dopuszczalności dochodzenia przeciw niemu jakichkolwiek roszczeń na tle niniejszego postępowania — czego nie sposób więc uznać za wiążące i wywołujące skutki dla wykonawców. W kategoriach tożsamej niedopuszczalnej dowolności godzi się ocenić także i powołaną na wstępie decyzję Zamawiającego o wyłączeniu przepisów PZP w odniesieniu do przedmiotowego postępowania.

Ponadto trzeba zwrócić uwagę, iż pomimo deklaracji o odstąpieniu od stosowania przepisów Pzp, Zamawiający de facto procedował w przeważającej mierze wedle reguł stanowiących na gruncie ustawy PZP (w szczególności w zakresie ogłoszenia i wyboru oferty, sposobu doręczeń korespondencji, podjęcia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej), co wywołało u wykonawców, w tym Odwołującego, uzasadnione przekonanie o procedowaniu w w/w określonym rygorze. Powyższe winno obciążać Zamawiającego, w szczególności w zakresie odpowiedzialności za wynik postępowania.

Niniejszym w pierwszej kolejności Odwołujący formułuje zarzut naruszenia przepisu art. 513 pkt. 3 Pzp, w nawiązaniu do czego godzi się odnieść stanowisko wypracowane przez orzecznictwo KIO, zgodnie z którym: „Na podstawie tego przepisu odwołanie może wnieść wykonawca, który wykaże, że oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług, które stanowią przedmiot zamówienia, a także wykaże, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie przepisów PZP. Tak też KIO w wyr. z 4.2.2022 r., KIO 153/22, Legalis.”

Nie ulega wątpliwości, iż niniejszym Odwołującemu przysługuje roszczenie odszkodowawcze wobec Zamawiającego, albowiem wybór najkorzystniejszej oferty Odwołującego z dnia na dzień został unieważniony z przyczyn prawnie i faktycznie nie zasługujących na uwzględnienie, ponad co należy mieć na względzie także znacznej wysokości wartość zamówienia. Ponadto trzeba zwrócić uwagę, iż inwestycja objęta kwestionowanym postępowaniem współfinansowana jest m.in. ze środków KPO, co niesie za sobą stosowne daleko idące rygory po stronie finansowanej instytucji odpowiedzialnej za realizację inwestycji (101), jak wynika bowiem z „Wytycznych w zakresie zasady partnerstwa w ramach planu rozwojowego współfinansowanego ze środków Instrumentu na rzecz Odbudowy i Zwiększania Odporności” opublikowanych przez MFIPR:

„4.2.2. Inwestycje

1) IOI zobowiązuje się do:

a) prowadzenia sprawiedliwej i przejrzystej procedury wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem z KPO poprzez zapewnienie równego dostępu do informacji o warunkach i sposobie wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem z KPO oraz równego traktowania podmiotów wnioskujących o objęcie tym wsparciem — zgodnie z art. 141za ust. 2 UZPPR, oraz

b) przyjęcia regulaminu wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem i podanie go do publicznej wiadomości, w szczególności na swojej stronie internetowej — zgodnie z art. 141zb ust. 1 UZPPR. 13

2) IOI zobligowane są do wybierania przedsięwzięć w sposób przejrzysty, rzetelny i bezstronny — zgodnie z art. 141za ust. 1 UZPPR.

3) IOI zaleca się, a w przypadku gdy stosowne zapisy znalazły się w załączniku do Decyzji Wykonawczej — zobowiązuje się do:

a) publikacji w BIP oraz na stronie internetowej odpowiedniej instytucji w szczególności raportów, ocen, przeglądów, ogłoszeń o naborach, dokumentów związanych z kryteriami wyboru ostatecznych odbiorców wsparcia."

Nie sposób uznać, iż powyższe podstawowe warunki prowadzenia postępowania o realizację inwestycji ze środków publicznych zostały dotrzymane na gruncie przedmiotowego postępowania.

Chronologicznie sprawę ujmując, kolejno, z całą mocą sprzeciwić trzeba się uznaniu przez Zamawiającego za Wykonawcę - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o. błędu w cenie łącznej brutto za zamówienie jako jedynie omyłki pisarskiej, zdejmującej ciężar odpowiedzialności za powyższe z Wykonawcy. W rzeczywistości na gruncie w/w postępowania irrelevantne pozostawały wartości cen netto podawane przez poszczególnych oferentów, albowiem sam Zamawiający w świetle opublikowanych w dniu 8 stycznia 2024 r. przezeń Istotnych warunków zapytania ofertowego wyraźnie wskazał (pkt. VI), iż: „Kryterium oceny ofert są: a. Cena ofertowa rozumiana jako cena brutto całości przedmiotu zamówienia. Cena ofertowa powinna zawierać wszystkie koszty realizacji zamówienia, jakie Zamawiający będzie musiał ponieść. Ocenie podlegać będzie łączna cena brutto obejmująca wszystkie koszty wykonania zamówienia. (...)” Cena netto zatem na gruncie tegoż postępowania nie może stanowić miarodajnego punktu odniesienia do ustalenia prawidłowości ceny brutto, co w konsekwencji obciąża wyłącznie Wykonawcę. W konsekwencji powyższe nie stanowi wady usuwalnej, co uzasadniałoby z kolei podjęcie działań naprawczych przez samego Zamawiającego. Oferenci sporządzając oferty kalkulowali całościową kwotę brutto a kwoty „częstkowe” w tym netto były wynikowe i uwzględniały stawkę podatku VAT obowiązującą na dzień sporządzenia oferty. Ponadto, godzi się podkreślić, iż przy zmianie obowiązującej stawki podatku VAT na każdym etapie realizacji projektu, poczynwszy od procedury wyłonienia wykonawcy poprzez etap realizacji umowy, kwota brutto pozostałaby niezmienną. Ryzyko zmiany stawki podatku VAT obciąża wykonawcę. Niniejszym Zamawiający nie warunkował w żaden sposób zmiany łącznej wartości zamówienia od zmian stawki podatku VAT. Wbrew przytoczonemu stanowisku Wykonawcy, inkorporowanemu następnie przez Zamawiającego, rzeczony błąd w określonej w ofercie cenie brutto nie stanowi jedynie omyłki pisarskiej, lecz jest to błąd w obliczeniu ceny, wynikający z rażącej niestaranności Wykonawcy i wyłącznie Wykonawcę obciążający. W wyroku z dnia 1 października 2012 r., KIO 1516/12, 1994/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że błąd w obliczeniu ceny „to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Wystąpienie błędu, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.” Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać przyjęcie i zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT przez wykonawcę, w przypadku, gdy Zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie. Niniejszym w zapytaniu ofertowym Zamawiający nie określił stawki podatku VAT, lecz jedynie cenę brutto całego zamówienia.

Jak trafnie wywiodła Krajowa Izba Odwoławcza na kanwie uzasadnienia wyroku z dnia 22 lutego 2021 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 272/21: „Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT przez wykonawcę, w przypadku, gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (patrz: uchwała Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11). W uchwale Sąd Najwyższy wskazał, że „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny; przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert.” W dalszej części Sąd Najwyższy w ww. uchwale podniósł, że „Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę

podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia." Tak jak w niniejszej sprawie, tak i w w/w „przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił w SIWZ wysokości stawki podatku VAT, którą wykonawcy powinni przyjąć do obliczenia ceny oferty, lecz wymagał określenia i zastosowania prawidłowej stawki VAT samodzielnie przez wykonawców”.

(...)

W konsekwencji powyższego Zamawiający nie pozostawał uprawniony ani do unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ani do następnie wyboru w miejsce Odwołującego oferty Wykonawcy, która winna być odrzucona, co w konsekwencji zamknąć powinno Wykonawcy możliwość udziału w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Wykonawcy nie pozostawała bowiem prawidłowo sformułowana, zawierając niedopuszczalną autokorektę w zakresie obliczenia ceny. Prawidłowo postępując, Zamawiający winien był zakończyć postępowanie zgodnie z trybem przewidzianym w art. 254 Pzp, zawierając z Odwołującym umowę w sprawie zamówienia publicznego, albowiem nie zachodziły wówczas przesłanki ani do unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego ani też do unieważnienia całego postępowania, zaś oferta Wykonawcy już na w/w etapie winna była zostać nieodwołalnie odrzucona. Znamienne pozostaje, iż Zamawiający podwyższył kwotę „przeznaczoną na realizację zamówienia” celem sprostania drugiej w kolejności jeśli chodzi o wysokość ceny łącznej brutto ofercie Wykonawcy. Powyższe rozpatrzone może zostać zarazem w kategoriach nieracjonalnego rozporządzania przez Zamawiającego środkami publicznymi.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29/04/24) wniósł o odrzucenie odwołania całości. W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...) Wnoszę o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt.1., ponieważ w omawianym przypadku nie mają zastosowania przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych. Wbrew twierdzeniom odwołującego, Zamawiający nie jest zamawiającym publicznym i nie jest zobligowany do stosowania przepisów Ustawy.

Zamawiający nie jest zamawiającym publicznym (art.4) ani zamawiającym sektorowym (art. 5) w rozumieniu Ustawy PZP. Nie zachodzą również przesłanki wynikające z art. 6., który mówi, że przepisy ustawy stosuje się do zamawiających subsydiowanych, którymi są zamawiający inni niż zamawiający publiczni lub sektorowi, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

- 1) ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1;*
- 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne;*
- 3) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.*

Dla ustalenia obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przez zamawiających określonych w art. 6 Ustawy PZP konieczne jest jednoczesne spełnienie wszystkich trzech opisanych powyżej przesłanek.

W omawianym przypadku spełniony został jedynie pierwszy warunek, dotyczący finansowania ze środków publicznych, a pozostałe 2 nie zostały spełnione, więc zgodnie z Ustawą z dnia 11 września 2019 Prawo zamówień publicznych do niniejszego zapytania i Zamawiającego nie stosuje się przepisów Ustawy.

Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych potwierdza, że uzyskiwanie środków publicznych w ramach dotacji nie stanowi samodzielnej przesłanki do zakwalifikowania danego podmiotu do kategorii zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy PZP. Ponadto wbrew twierdzeniom odwołującego wartość zamówienia na poziomie nieznacznie

przekraczającym 8 000 000 złotych (słownie: osiem milionów złotych) nie stanowi przekroczenia progów unijnych, które dla robót budowlanych ustalone są na poziomie 5 538 000 euro (25 680 260 zł). Przedmiot zamówienia w ramach niniejszego zapytania ofertowego również nie mieści się w kategorii określonej w art. 6. Tym samym nie zachodzą przesłanki, które mogłyby zobowiązywać Zamawiającego do stosowania w omawianym przypadku przepisów Ustawy PZP.

Dysponujemy również interpretacją Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z 08.03.2017, że zgodnie z ówczesnymi przepisami Ustawy PZP Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP nie podlega obowiązkowi stosowania PZP. W obecnym stanie prawnym warunki, na których opiera się wspomniana interpretacja nie zmieniły się, więc w dalszym ciągu uznaje się, że nie ma podstaw do nałożenia obowiązku stosowania Ustawy PZP przez Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP.

Ponadto podkreślić należy, że procedura zamówienia, którego dotyczy odwołanie, realizowana była w trybie zapytania ofertowego opartego na zasadzie konkurencyjności, co wyraźnie zaznaczono w opisie zamieszczonym w Istotnych Warunkach Zapytania Ofertowego. Wyraźnie wskazano tam również (część II. Tryb udzielenia zamówienia), iż „do niniejszego postępowania nie stosuje się przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych”. Szczegółowe informacje w tym zakresie widniały już na pierwszej stronie Istotnych Warunków Zapytania Ofertowego, więc odwołujący miał pełną świadomość w jakiego rodzaju postępowaniu bierze udział.

Odwołujący błędnie zatem założył, że Zamawiający jest zobligowany do stosowania Ustawy PZP, na czym opierał wszystkie swoje zastrzeżenia poruszone w odwołaniu. Jak wykazano, twierdzenie takie jest bezpodstawne i nieuzasadnione, co jednocześnie rzutuje na bezzasadność przedstawionych żądań, opartych na błędnych przesłankach. (...)

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

W odwołaniu wskazano na naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie:

- 1) art. 513 pkt 3 Pzp w zw. z art. 4 pkt 2 i 3 Pzp z uwagi na (...) nieuprawnione odstępianie od stosowania przepisów ustawy PZP, w sytuacji gdy Zamawiający jest zamawiającym publicznie w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, zaś wartość zamówienia przypada powyżej progów minimalnych, stąd stosowanie przepisów ustawy PZP pozostaje w niniejszym przypadku obligatoryjne i nie może zostać wyłączone skutecznie dowolnym oświadczeniem Zamawiającego, który i tak pośrednio korzystał z rygoru postępowania o Pzp, a ponadto inwestycja współfinansowana jest ze środków unijnych (publicznych);
- 2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt. 1 i 2 PZP z uwagi na (...) błędne i dowolne uznanie, że oferta wykonawcy - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą z ofert zgłoszonych w przedmiotowym postępowaniu i podlega wyborowi, w sytuacji gdy ww oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona;
- 3) art. 223 ust. 2 pkt. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 254 pkt. 1 Pzp z uwagi na (...) błędne uznanie, iż w ofercie wykonawcy - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o. zaistniała oczywista omyłka pisarska w zakresie kwoty ofertowej brutto, w sytuacji gdy powyższe stanowi błąd w obliczeniu ceny ;
- 4) art. 255 pkt. 1-8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp z uwagi na (...) błędne i nieuzasadnione unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji gdy nie zachodzi żadna z podstaw uprawniających Zamawiającego do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz w rzeczywistości zaistniały okoliczności przemawiające za odrzuceniem oferty innego wykonawcy obciążonej istotnym błędem w obliczeniu ceny, niemające zarazem wpływu na wynik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wnoszący odwołanie wykonawca SPB Contech pierwszy z kluczowych zarzutów naruszenia art. 513 pkt 3 Pzp w zw. z art. 4 pkt 2 i 3 Pzp związany z odstępianiem przez Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP z/s w Sopocie stosowania przepisów ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w ramach zapytania ofertowego odniósł do treści Zapytania ofertowego. Podał mianowicie, że odwołanie dotyczy zapytania ofertowego nr I/ZO/2024/RB, które to zapytanie dotyczy projektu pn.: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z drogą wewnętrzną, placami i parkingiem na nieruchomości przy Trakcie Św. Wojciecha w Gdańsku, działka nr 26/6, obręb 310” (ewentualnie: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z zagospodarowaniem terenu”) - opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego: . To Zapytanie ofertowe („Istotne warunki zapytania ofertowego”) zostało opublikowane 8 stycznia 2024 r. z terminem składania ofert: do dnia 15.02.2024 r. do godz. 10.00. W tym Zapytaniu ofertowym w punkcie II podano:

1. Zapytanie ofertowe dotyczące wyboru Wykonawcy prowadzone jest z zastosowaniem zasady konkurencyjności dla zamówienia realizowanego w ramach projektów dofinansowanych ze źródeł zewnętrznych.
2. Postępowanie prowadzone jest zgodnie ze stosownymi wytycznymi obowiązującymi dla zastosowanych źródeł dofinansowania oraz zgodnie z zasadą konkurencyjności.
3. Szacunkowa wartość całego zamówienia nie przekracza progu unijnego na roboty budowlane, tj. 5.382.000 Euro netto.

4. Do niniejszego postępowania nie stosuje się przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

5. Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

6. Publikacja zapytania ofertowego:

a) Strona *www Caritas Archidiecezji Gdańskiej*: (...)

Kierując się przepisami ustawy Pzp - odpowiednio jej art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp – odwołanie wobec zarzutu związanego z postanowieniami pkt II ppkt 4 należało wnieść w ciągu: (...) 2) 5 dni od dnia zamieszczenia (...) dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne”.

... Tym samym termin na podniesienie tego zarzutu upływał (uwzględniając przypadające dni wolne od pracy) z dniem 15 stycznia 2024 r. To oznacza, że wskazany powyżej zarzut naruszenia art. 513 pkt 3 Pzp w zw. z art. 4 pkt 2 i 3 Pzp podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że jest zarzutem podniesionym na gruncie przepisów ustawy Pzp po terminie.

W konsekwencji nie mogły podlegać rozpoznaniu przez Izbę pozostałe zarzuty oparte na przepisach ustawy Pzp, albowiem – jak zostało podane w Zapytaniu ofertowym z dnia 8.01.2024 r. w jego punkcie II.4 - Caritas Archidiecezji Gdańskiej do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia nie stosował przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. A to oznacza, że w odniesieniu do odwołania w tej części - w zakresie tych zarzutów – ma zastosowanie przesłanka z art. 528 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym punktem odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na brak zastosowania w sprawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdza dodatkowo, że brak jest podstaw do kwestionowania w przypadku tego stanu faktycznego stanowiska Caritas Archidiecezji Gdańskiej w przedmiocie braku zastosowania do tego postępowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. We wniosku o odrzucenie odwołania słusznie bowiem wskazano, że na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jednostka jest zobowiązana do stosowania jej przepisów, jeżeli podmiot jest zamawiającym publicznym w rozumieniu art. 4 Pzp albo jest zamawiającym sektorowym w rozumieniu art. 5 Pzp. Z kolei wobec podmiotu nie będącego – jak w tym przypadku - zamawiającym publicznym czy zamawiającym sektorowym w rozumieniu wskazanych przepisów w myśl art. 6 ustawy Pzp stosuje się przepisy ustawy Pzp, jeżeli zachodzą łącznie przesłanki o których stanowi ten przepis. Mianowicie, w myśl wskazanego art. 6 - ustawę Pzp (jej przepisy) stosuje się do zamawiających subsydiowanych, którymi są zamawiający inni niż zamawiający publiczni lub sektorowi, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

- 1) ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1;
- 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne;
- 3) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

W tym przypadku spełniony został jedynie pierwszy z warunków, dotyczący finansowania ze środków publicznych, a pozostałe dwa nie zostały spełnione. Zatem zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych do niniejszego zapytania i zamawiającego Caritas Archidiecezji Gdańskiej nie stosuje się przepisów ustawy Pzp. Także brak jest podstaw do kwestionowania stanowiska Caritas, co do wartości zamówienia. Przekroczenie i to nieznacznie 8 mln złotych nie stanowi przekroczenia progów unijnych, które dla robót budowlanych ustalone są na poziomie 5 538 000 euro (25 680 260 zł).

Wobec także treści zapytania ofertowego z dnia 8 stycznia 2024 r. Odwołujący, w tym stanie faktycznym nie miał podstaw zakładać wnosząc odwołanie w dniu 26 kwietnia 2024 r., że Caritas Archidiecezji Gdańskiej była zobowiązana do stosowania w postępowaniu przepisy ustawy Pzp.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o przesłanki wskazane w art. 528 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 31.12.2020, poz. 2437). Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych m.in. w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z § 8 ust. 1 ww. rozporządzenia wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania. Z tego powodu Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....

