

WYROK

Warszawa, dnia 28 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: A.S.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej "TransNet" Spółka Akcyjna z siedzibą w Policach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** 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**.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej "TransNet" Spółka Akcyjna z siedzibą w Policach, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji pn. *Eksploatacja i utrzymanie w należytym stanie 2 szaleatów miejskich w Policach*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00260335/01.

W dniu 2 maja 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez zastosowanie i niezasadne unieważnienie postępowania wskutek uznania, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. art. 256 pkt 6 ustawy Pzp przez błędne zastosowanie jako podstawy do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania ponownej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 19 maja 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, informację o unieważnieniu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 maja 2024 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest eksploatacja i utrzymanie w należytym stanie 2 szaleatów miejskich w Policach.

Zgodnie z Rozdziałem XII pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ” *W każdej z części zamówienia określenie stawki podatku VAT jest obowiązkiem wykonawcy.*

W załączniku nr 1 do SWZ Oferta wykonania Zamawiający na stronie 1 w miejscu przeznaczonym do wpisania ceny oferty wskazał następujące pozycje:

1. Cena netto za 1 miesiąc
2. Podatek VAT
3. Cena brutto za 1 miesiąc

W załączniku nr 4 do SWZ Wzór umowy Zamawiający w § 5 ust. 1 i ust. 2 zawarł następujące postanowienia umowne:

1. Strony ustalają wynagrodzenie na rzecz Wykonawcy za miesięczne wykonanie usługi w kwocie netto + VAT 23 % = brutto (słownie: zł.)
2. Maksymalna wielkość zobowiązania wynikającego z niniejszej umowy łącznie wynosi: netto + VAT 23% = brutto ,

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz ROKA-Niewiadomski Sp.k. z siedzibą w Szczecinie.

Odwołujący w ofercie wskazał w pozycji cena następujące dane:

- ☐ Cena netto za 1 miesiąc – 23.050,00 zł
- ☐ Podatek VAT – 1.844,00 zł
- ☐ Cena brutto za 1 miesiąc – 24.894,00 zł

Z powyższego wynika, że Odwołujący przyjął przy określeniu ceny oferty stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

ROKA-Niewiadomski Sp.k wskazał w pozycji cena następujące dane:

- ☐ Cena netto za 1 miesiąc – 21.950,00 zł
- ☐ Podatek VAT – 5.048,50 zł
- ☐ Cena brutto za 1 miesiąc – 26.998,50 zł

Z powyższego wynika, że ROKA-Niewiadomski Sp.k przyjął przy określeniu ceny oferty stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

W dniu 18 kwietnia 2024 r. Zamawiający opublikował pierwsze zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 23 kwietnia 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność unieważnienia postępowania.

W dniu 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie i zobowiązał się do ponownej oceny ofert (postanowieniem z dnia 13 maja 2024 r. sygn. akt KIO 1425/24 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze).

Odrębnym zawiadomieniem, przesłanym również w dniu 26 kwietnia 2024 r., Zamawiający ponownie dokonał unieważnienia postępowania. Za podstawę prawną unieważnienia tym razem przyjęto art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający podnosił, że *po ponownej analizie dokumentacji sprawy kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy unieważnienia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 PZP - postępowanie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą.*

Zamawiający prowadzi postępowanie na eksploatację i utrzymanie w należytym stanie 2 szaleatów miejskich w Policach. Zamawiający w SWZ napisał, że prawidłowe ustalenie VAT należy do obowiązków wykonawcy, natomiast w projektowanych warunkach umowy błędnie wskazał stawkę VAT równą 23%. Następstwem czego złożone zostały dwie oferty w których jeden wykonawca zastosował stawkę VAT 8%, a drugi stawkę VAT 23%.

Podanie w załączniku nr 4 do SWZ – wzorze umowy wysokości stawki VAT (23%) powinno być traktowane jako wskazanie jej w SWZ, ponieważ stanowią element SWZ. Nieprecyzyjne, wprowadzające w błąd wykonawców, brzmienie specyfikacji warunków zamówienia należy traktować na korzyść wykonawców. Natomiast, aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Wynika to z

zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 16 pkt 1 PZP. Zamawiający w SWZ nie wskaże sugerowanej stawki VAT nie może skorzystać z możliwości jej poprawy jako omyłki.

Wykonawca nie może podać dowolnej stawki VAT lecz powinien podać stawkę właściwą, tj. taką jaka powinna być zastosowana adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Jedynie w przypadku gdy zamawiający wskaże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretną stawkę VAT, kształtującą w ofercie wysokość określonej ceny, dopiero wtedy może dojść do wystąpienia omyłki, o której mowa w 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści. Zamawiający w niniejszym postępowaniu podał błędną stawkę VAT i musiałby poprawić oferty z prawidłową stawką VAT na "nieprawidłową" podaną przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe oraz to, że wykonawcy mogli sugerować się przy sporządzaniu oferty podaną we wzorze umowy 23% stawkę VAT, który nie podlega zmianie po otwarciu ofert, co jest wadą niemożliwą do usunięcia.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nadużywa przesłanki unieważnienia postępowania, gdyż w opisywanych okolicznościach sprawy nie jest prawidłowe stanowisko, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo zastosował przesłankę, wynikającą z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, nakazującą unieważnienie postępowania w przypadku gdy w jego toku wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania tego przepisu. Stwierdzić należy, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wada ta polega na tym, że Zamawiający w Rozdziale XII pkt 4 SWZ oraz w załączniku nr 1 do SWZ wskazał, że to wykonawca miał samodzielnie określić podatek VAT. Natomiast w załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający podał stawkę podatku VAT w wysokości 23%, przy czym, jak oświadczył, była to błędna stawka podatku VAT, czego Odwołujący nie negował.

Dlatego zgodzić należy się z Zamawiającym, że nie można wykluczyć, że jeden z wykonawców, sugerując się informacjami zawartymi w dokumentacji zamówienia wskazał w ofercie stawkę VAT podaną przez Zamawiającego, tj. 23%, zaś drugi podał w ofercie prawidłową stawkę podatku VAT, co w konsekwencji spowodowało niemożność porównania ofert złożonych przez wykonawców.

Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy zostały złożone oferty, nie można dokonać zmiany postanowień SWZ, w których doprecyzowana zostanie prawidłowa stawka podatku VAT lub obowiązek wskazania prawidłowej stawki podatku VAT będzie po stronie wykonawcy.

Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 70⁵ kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r., pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (strony 1230-1231) *enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym*

zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 70⁵ kodeksu cywilnego, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70⁵ kodeksu cywilnego znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę na okoliczność, tj. na błąd jaki popełnił Zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie, który polega na błędnym określeniu wysokości stawki podatku VAT dla zamawianych produktów.

W ramach procesu składania ofert Odwołujący złożył swoją ofertę, w której skorygował błąd Zamawiającego, podając prawidłową stawkę podatku VAT. Drugi wykonawca złożył swoją ofertę stosując się do wymagań Zamawiającego. Już tylko ten fakt stanowi podstawę do uznania nieporównywalności złożonych ofert, które skutkować musiało unieważnieniem przedmiotowego postępowania.

Nie jest możliwe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy złożone oferty nie dają się obiektywnie porównać. Naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego na podstawie przedłożonej do odpowiedzi na odwołanie faktury, bowiem faktura dotyczyła zastępstwa procesowego przed KIO, podczas gdy mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, pełnomocnik Zamawiającego nie stawił się na posiedzenie Izby. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, miał możliwość stawienia się na posiedzeniu. Nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 24 maja 2024 r.

Przewodnicząca:.....