

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **Solispharm sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **32. Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu 32. Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku w zakresie części 1 zamówienia: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Solispharm sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i unieważnienie postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego 32. Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Solispharm sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego na rzecz wykonawcy Solispharm sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 1133/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: 32. Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2) ustawy Pzp pn.: „Dostawa artykułów medycznych i farmaceutycznych” (znak postępowania: 24/TP2/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00223968/01.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 1 złożył wykonawca Solispharm sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że ta oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny;
2. art. 255 pkt 2) ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie postępowania pomimo, że nie występowała ku temu przesłanka, ponieważ oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, a następnie nakazanie:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz unieważnienia postępowania w zakresie części 1;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie części 1.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w zarzutach przepisów ustawy Pzp skutkowało unieważnieniem postępowania i brakiem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W konsekwencji Odwołujący bezpodstawnie utracił możliwość realizacji zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 29 marca 2024 r. (zawiadomienie o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 3 kwietnia

2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

Uzasadniając podniesiony zarzut nr 1, Odwołujący wskazywał, że jego oferta została bezpodstawnie i błędnie uznana przez Zamawiającego za podlegającą odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, ponieważ nie zawiera błędu w obliczaniu ceny i została sporządzona zgodnie z SWZ oraz aktualnie obowiązującymi przepisami. Odwołujący stwierdził, że wykonał prawidłowo wszystkie wymagane czynności w tym zakresie tj.

- zaoferował produkt w pełni zgodny z OPZ pod względem nazwy, postaci farmaceutycznej, nazwy substancji czynnej, dawki oraz wielkości opakowania – czego, jak podkreślił, Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje,
- ustalił właściwą stawkę podatku VAT jako stawkę 23% VAT, ponieważ zaoferowany produkt, zgodny z opisem przedmiotu zamówienia stanowi produkt kosmetyczny.

Dalej Odwołujący podnosił, że zgodnie z aktualnie obowiązującym prawem podatkowym, obowiązującą stawką podatku VAT dla produktów kosmetycznych jest stawka podatku VAT 23%. Zarzut błędnego ustalenia podatku VAT w ofercie Odwołującej jest więc bezpodstawny, ponieważ ustalona stawka jest stawką prawidłową. Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia dla poz. 54 jak również w pozostałych pozycjach formularza cenowego, kategorii produktu jakiego zaoferowania oczekuje. W przypadku gdyby Zamawiający wymagał aby wszystkie oferowane produkty stanowiły produkt leczniczy lub wyrób medyczny – a formularz cenowy części 1 również je zawiera, samodzielnie ustaliby i wskazał w kolumnie 8 dla wszystkich pozycji formularza cenowego stawkę podatku VAT w wysokości 8% zamiast ustanowienia wymagania od wykonawcy jej właściwego ustalenia. Niemniej jednak Zamawiający tego nie uczynił, pozostawiając tą kwestię wykonawcy, wedle kategorii oferowanego przez siebie produktu.

Odwołujący przypomniał też, że Zamawiający w dniu 15 marca 2024 r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie stawki podatku VAT dla pozycji nr 54, na co Odwołujący w dniu 18 marca 2024 r. przedstawił wyjaśnienia. Zdaniem Odwołującego, przedstawione wyjaśnienia w sposób zwięzły wyjaśniały przyczynę zastosowania stawki VAT 23% oraz potwierdzały jej prawidłowość. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa produktów farmaceutycznych, materiałów medycznych, repelentów, środków ochronnych, materiałów medycznych oraz apteczek samochodowych, przy czym Zamawiający w ramach poszczególnych części zamówienia dokonał łączenia asortymentu z poszczególnych typów produktów. Nie wskazywał również jakiego typu produktu zaoferowania oczekuje w poszczególnych pozycjach. Wszelkie nieścisłości opisu przedmiotu zamówienia oraz treści SWZ nie mogą działać na niekorzyść wykonawcy. Nie jest również możliwe na etapie oceny ofert doprecyzowywanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, w tym przypadku dla poz. 54 poprzez sugestię zawartą w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jakoby w ramach tej pozycji wymagane było zaoferowanie produktu stanowiącego wyrób medyczny lub produkt leczniczy. Zamawiający nie dokonał również na etapie ustalania treści SWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia wskazania co należy rozumieć poprzez sformułowanie „produkty farmaceutyczne” a pojęcie to nie jest zdefiniowane prawnie. W potocznym rozumieniu tego pojęcia, a tym bardziej dla podmiotu specjalizującego się w obrocie produktami farmaceutycznymi, prowadzącego aptekę ogólnodostępną – jakim jest Odwołujący, produkty farmaceutyczne stanowią produkty, które zgodnie z prawem możliwe są do sprzedaży przez farmaceutę w aptece. Takim produktem jest oferowany w poz. 54 asortyment.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, iż jego oferta nie podlegała odrzuceniu w niniejszym postępowaniu, co zostało wskazane powyżej, więc unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) ustawy Pzp było bezpodstawne.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz dowody załączone do odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zatem, informując o czynności odrzucenia danej oferty, zamawiający ma wskazać przepis prawa odpowiadający przesłance z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp oraz okoliczności faktyczne uzasadniające decyzję o odrzuceniu. Niezbędnym jest, aby uzasadnienie odnosiło się do wszystkich powodów dokonanego odrzucenia, gdyż za niedopuszczalne należy uznać podnoszenie przez zamawiającego nowych powodów na etapie postępowania odwoławczego.

Istotnym jest więc przywołanie w tym miejscu pełnej treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 29 marca 2024 r.:

„Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy: SOLISPHARM Sp. z o.o., Stefana Starzyńskiego 10, 03-456 Warszawa, i części I przedmiotowego postępowania, w trybie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jako ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca, w 1 części postępowania wyceniając wyroby medyczne/leki, zgodnie z kodem CPV33600000-6 - produkty medyczne i farmaceutyczne, w pozycji nr 54 zastosował niewłaściwą 23% stawkę podatku VAT, która jest elementem cenotwórczym i wpływa na porównanie ofert. Orzecznictwo KIO przyjmuje, że wskazanie błędnej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Jak wynika z treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11: Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki VAT od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny. W dniu 26 maja 2022 r. rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 16 maja 2022 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych [Dz.U. poz. 1059] uchylono poz. 6-81 rozporządzenia z dnia 25 marca 2020 r. [Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 25 marca 2020 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 1696 ze zm.]. Obecnie, tj. od dnia 26 maja 2022 r., na podstawie art. 41 ust. 2 w związku z poz. 13 (bez względu na CN) załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. stawką 8% podatku od towarów i usług opodatkowane są: „wyroby medyczne, wyposażenie wyrobów medycznych, systemy i zestawy zabiegowe, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 1, z późn. zm.), oraz wyroby medyczne do diagnostyki in vitro i wyposażenie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylenia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 176, z późn. zm.), dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym, konsekwencją wskazania w ofercie błędnej stawki VAT jest odrzucenie oferty Wykonawcy: SOLISPHARM Sp. z o.o., w części 1 postępowania, w trybie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp”.

Według art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jako taki błąd, kwalifikowane może być między innymi przyjęcie przez wykonawcę do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Następnie, należy zwrócić uwagę na fragment odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego: *„Zarzut Odwołującej się w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp jest o tyle trafny, że przy założeniu, że dla produktu kosmetycznego prawidłową stawką jest 23% VAT to nie popełniła Ona błędu w zakresie obliczenia ceny. Jednak jeśli Odwołująca się zaproponowała w ofercie produkt kosmetyczny to tym samym złożyła ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a tym samym Zamawiający powinien ofertę odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, ponieważ wskazany w ofercie produkt powinien stanowić produkt farmaceutyczny albo wyrób medyczny. Zamawiający w tym zakresie naruszył przepisy ustawy, co nie miało jednak istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ oferta Odwołującej się powinna zostać odrzuconiu i w związku z tym odwołanie powinno podlegać oddaleniu. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 255 pkt 2 pzp, ponieważ wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu. Nawet przy założeniu, że Zamawiający powinien wskazać inną podstawę odrzucenia oferty Odwołującej się to w konsekwencji nie miało znaczenia na wynik postępowania, ponieważ jej oferta podlegała odrzuceniu ze względu na niezgodność z SWZ”.* Stanowisko to Zamawiający potwierdził również na rozprawie.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, Izba stwierdza po pierwsze, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ewidentnie brak jest odniesienia się przez Zamawiającego do jakichkolwiek okoliczności faktycznych

związanych z zaproponowaniem przez Odwołującego w pozycji nr 54 formularza ofertowego produktu kosmetycznego. Uzasadnienie sprowadza się do wskazania, popartego przywołanym orzecznictwem i przepisami prawa, że Odwołujący: „zastosował niewłaściwą 23% stawkę podatku VAT”, która powinna wynieść w tym przypadku 8%, co prowadziło do wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał przy tym, że w pozycji nr 54 formularza ofertowego doszło do zaoferowania produktu niespełniającego wymogów SWZ albo innych sformułowań jasno sugerujących, iż Zamawiający dopatrywał się w tym przedmiocie nieprawidłowości. Odrzucenie oferty nastąpiło na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, a podane okoliczności faktyczne odnosiły się właśnie do błędu w przyjętej stawce VAT. Po drugie, należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, co następnie przyznał w trakcie rozprawy, wskazał iż przyjęta przez Odwołującego w poz. nr 54 stawka VAT jest prawidłowa. Zastrzegł przy tym jednak, że chodzi o produkt kosmetyczny, co oznacza niezgodność z wymogami SWZ, a w konsekwencji zarzut Odwołującego ten pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W ocenie Izby, powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, iż zarzut zasługuje na uwzględnienie. Oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, z czym zgodził się Zamawiający, wobec czego uwagi Izby co do prawidłowości przyjętej stawki VAT należy uznać za zbędne. Izba odniosła się przy tym do stanowiska Zamawiającego, jakoby: *„Nawet przy założeniu, że Zamawiający powinien wskazać inną podstawę odrzucenia oferty Odwołującej się to w konsekwencji nie miało znaczenia na wynik postępowania, ponieważ jej oferta podlegała odrzuceniu ze względu na niezgodność z SWZ”*. Wskazać trzeba, iż zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Izba nie uwzględni więc odwołania, jeśli stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp pozostają bez wpływu na wynik postępowania. Za takowy przykład można uznać sytuację podania przez zamawiającego nieprawidłowej podstawy prawnej odrzucenia oferty, przy podaniu podstawy faktycznej wypełniającej inną przesłankę odrzucenia. Niemniej jednak w zaistniałym przypadku nie można mówić o naruszeniu przepisu ustawy Pzp bez wpływu na wynik postępowania. Zamawiający uzasadnienie faktyczne, jak i prawne sprowadził do tożsamej i jedynej okoliczności, tj. błędnej stawki VAT.

Natomiast przy wyrokowaniu Izba pominęła zaprezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienie odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie produktu niespełniającego wymogów SWZ. Jak wyżej stwierdziła Izba, ta podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nie została wskazana w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty i nie tej podstawy dotyczył podniesiony przez Odwołującego zarzut, a zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Należy podkreślić, że obowiązek przekazania wykonawcom uzasadnienia dokonanych czynności jest wyrazem zasady przejrzystości oraz zasady jawności. To poznanie powodów odrzucenia w tym przypadku determinuje decyzję wykonawców odnośnie skorzystania ze środków ochrony prawnej. Nie mogą więc wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy co do zasady okoliczności, które Zamawiający podniósł dopiero w postępowaniu odwoławczym. Owszem, w treści odwołania, poza rzecz jasna uzasadnieniem przyjętej stawki VAT, można doszukać się fragmentów dotyczących polemiki z zapisami treści SWZ co do możliwości zaoferowania produktu kosmetycznego. Jednakże nie można tego utożsamiać z argumentacją na okoliczność następczego wskazania nowej podstawy odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Wykonawca nie może bowiem domyślać się faktycznych i prawnych przesłanek odrzucenia oferty. Prowadziłoby to do uniemożliwienia wykonawcy podjęcia obrony na drodze postępowania odwoławczego. W tym stanie faktycznym podstawa prawna i faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego sprowadzała się wyłącznie do przyjęcia błędnej stawki VAT i wobec czynności motywowanej tą podstawą odwołanie wniósł Odwołujący, stawiając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. Izba w tym zakresie podziela w tym zakresie poglądy wyrażane w orzecznictwie Izby, np. wyrok KIO z dnia 17 października 2014 r. sygn. akt: KIO 2028/14, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r. sygn. akt: KIO 1346/16, wyrok KIO z dnia 11 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1290/17, wyrok KIO z dnia 27 lipca 2021 r. sygn. akt: KIO 1672/21. Słusznym w ocenie Izby będzie też przytoczenie choćby stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt: XXIII Ga 416/1, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie

jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący - wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu - wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...). Warto też zwrócić uwagę na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Zarzut nr 2

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 2, to należy wskazać, iż zarzut ten jest konsekwencją zarzutu nr 1, a wobec uwzględnienia tego zarzutu, również zarzut nr 2 zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....