Sygn. akt: KIO 326/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:**Katarzyna Poprawa**
Protokolant: **Patryk Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **BALTIVIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Puszczykowo** przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego wykonawcy ECO SOLUTION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy BALTIVIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy BALTIVIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Miasto Puszczykowo i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BALTIVIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę BALTIVIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od Zamawiającego Miasta Puszczykowo na rzecz wykonawcy BALTIVIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem 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.

Przewodnicząca:……..……..

Sygn. akt: KIO 326/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Puszczykowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Prace porządkowe na terenie miasta Puszczykowa w 2024 roku", numer postępowania: ZP.271.17.2023, (dalej: „Postępowanie").

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami, o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) (dalej jako „ustawa" lub „ustawa Pzp"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00522322/01 z dnia 2023-11-29 i dostępne jest na stronie: .

W dniu 29 stycznia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę BALTIVIA sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (zwanego dalej „Odwołującym") od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na bezprawnym:

1. odrzuceniu oferty BALTIVIA z uwagi na błąd w obliczeniu ceny,
2. braku podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty BALTIVIA,
3. unieważnieniu postępowania,
4. zaniechaniu dokonania wyboru oferty BALTIVIA jako oferty najkorzystniejszej.

Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty BALTIVIA z uwagi na błąd w obliczeniu ceny,
2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak podania uzasadnienia

faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty BALTIVIA,

3.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1.unieważnił czynność unieważnienia postępowania,

2.unieważnił czynność odrzucenia oferty BALTIVIA,

3.dokonał ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty BALTIVIA jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast

nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp.

W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Z powyższego wynika, że oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia

oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp.

Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty BALTIVIA z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2023r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał BALTIVIA do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw zastosowanej stawki podatku VAT (23%) w pozycji nr 4 tabeli formularza ofertowego: Mycie wiat przystankowych.

W dniu 27.12.2023r., BALTIVIA podtrzymał wcześniejsze stanowisko, że prawidłowo zastosował stawkę podatku VAT (23%) w pozycji nr 4 tabeli formularza ofertowego: Mycie wiat przystankowych ze stawką podstawową - 23% podatku Vat. Stawka 23% jest podstawową stawką podatku VAT, jaką należy stosować do wszystkich towarów i usług zgodnie z ustawą o VAT. Jedynym wyjątkiem od tej reguły są usługi, które objęte są obniżoną stawką VAT i które zostały bardzo precyzyjnie określone w ustawie, w załącznikach nr 3, 6, 8, 10 do ustawy.

Zgodnie z załącznikiem nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004r. (Dz.U. 2023 poz. 1570 z późniejszymi zmianami), obniżoną stawkę podatku VAT można zastosować dla PKWiU 38.21.2 oznaczającego „Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne" tj. stosuje się ją dla usług związanych usuwaniem odpadów (unieszkodliwianiem, przetwarzaniem, usuwaniem odpadów itp.)

Nie ma tutaj mowy o jakimkolwiek myciu powierzchni, w szczególności nie ma mowy o usłudze mycia wiat przystankowych. Zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT przy wyliczeniu ceny dla tego rodzaju usługi, jak usługa mycia wiat - jest nieuzasadnione. Usługa mycia wiat

nie ma nic wspólnego z usuwaniem odpadów.

Pomimo tak precyzyjnych wyjaśnień ze strony BALTIVIA, Zamawiający nie zajął żadnego stanowiska w informacji o odrzuceniu ofert, rozpisując się nie na temat o tym, że:

a)W SWZ nie określił stawki VAT;

b)Jest to błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić;

c)Wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Jedyne sensowne zdanie to: „Wykonawcy zastosowali nieprawidłową stawkę podatku VAT

(tj. 23%) w pozycji nr 4 tabeli formularza ofertowego: Mycie wiat przystankowych”, ale nie jest to uzasadnienie. Odwołujący nie wie, dlaczego zamawiający uznał, że stawka podstawowa VAT jest nieprawidłowa (i stanowi błąd w obliczeniu ceny), zaś mniejsze wpływy do budżetu są prawidłowe.

Odwołujący zwraca uwagę, że Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac związanych z utrzymaniem porządku i czystości na terenie miasta Puszczykowa w 2024 roku. Zakres prac w szczególności obejmuje:

3.2.1. Bieżące opróżnianie koszy z wymianą worków foliowych.

3.2.2. Utrzymanie w czystości terenu całego miasta.

3.2.3. Mechaniczne mycie wiat przystanków komunikacji miejskiej wraz z gablotami.

3.2.4. Sprzątanie po imprezach plenerowych.

Jednak głównym przedmiotem zamówienia są: prace porządkowe. Z doświadczenia Odwołującego z lat 2022-2023 wynika, że usługa "Mycia wiat" będzie zlecana przez Zamawiającego poza stałym codziennym harmonogramem opróżniania koszy oraz opróżniania pojemników na psie odchody.

Zamawiający nie zachowuje się lojalnie wobec wykonawcy, gdyż doskonale zdaje sobie sprawę, że w ubiegłym roku Odwołujący także w swojej ofercie wskazał w tym zakresie stawkę 23% i na tych warunkach realizowana była usługa w 2022 i 2023 roku (por. umowa z Miastem Puszczykowo nr IZ.272.388.2022 z dnia 13.12.2022r. “Prace porządkowe na terenie Puszczykowa, zgodnie z ofertą Wykonawcy z dnia 02.12.2022 roku). Zamawiający wystawił również wykonawcy pozytywne referencje w związku z realizacją ww. umowy.

Odwołujący dodaje, że zgodnie § 2 ust. 9 projektu Umowy: “Ilości usług podane w SIWZ i OPZ są ilościami przewidywanymi do realizacji w okresie trwania umowy i mają charakter szacunkowy. Zakres zlecanych usług może ulec zmianie. Rzeczywista ilość prac zleconych do wykonania uzależniona będzie od bieżących potrzeb Zamawiającego i może się różnić
od ilości wynikających z SIWZ, OPZ i oferty Wykonawcy”.

Zamawiający przewiduje, jak dotychczas, że mycie wiat jest usługą dodatkową,
o konieczności której Zamawiający zdecyduje udzielając odrębnego zlecenia. "Czynności mechanicznego mycia wiat przystanków komunikacji miejskiej będą wykonywane (zgodnie
z OPZ) w zależności od potrzeby na zlecenie Zamawiającego". Nie są objęte stałym harmonogramem. Powinny być wykonywane w terminach i liczbie uzgodnionej
z Zamawiającym.

Ustawa o podatku VAT („Ustawa VAT”) w art. 41 wskazuje wysokość podatku VAT
w odniesieniu do towarów i usług. Co do zasady, zgodnie z art. 41 ust. 1 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 1 Ustawy VAT, towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową w wysokości 23%.

Ustawa o podatku VAT wyłącznie w określonych przypadkach przewiduje możliwość zastosowania stawki obniżonej VAT, m.in. w wysokości 8%. Art. 41 ust. 2 Ustawy VAT
(i powiązany z nim art. 146aa ust. 1 pkt 2 Ustawy VAT) wskazują, że „dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138 i ust. 4”.

Nie budzi więc niczyjej wątpliwości, że stosowanie obniżonych stawek podatku
lub zwolnień od podatku ma charakter wyjątkowy i nie podlega ani wykładni rozszerzającej, ani zawężającej, natomiast wychodzenie poza wykładnię literalną jest niedopuszczalne.

W efekcie podatnik uprawniony będzie do zastosowania ww. preferencji jedynie, gdy charakter czynności świadczonych przez niego w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wyczerpuje znamiona ujęte w treści przepisu statuującego jego prawo do zastosowania stawki obniżonej czy zwolnienia od podatku od towarów i usług.

Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty BALTIVIA.

Zamawiający zobowiązany jest podać w informacji o odrzuceniu oferty uzasadnienie faktyczne i prawne. Niewątpliwie informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego zawiera podstawę prawną. Brak jest jednak uzasadnienia faktycznego. To w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o odrzuceniu oferty. Powyższe jest niezwykle istotne m.in. z uwagi na prawo do obrony przez wykonawcę oferty przez wniesienie środków ochrony prawnej i podnoszenie argumentów na własną korzyść. W tym przypadku, Zamawiający niewątpliwie dążył do utrudnienia BALTIVIA dostępu do środków ochrony prawnej, gdyż nie sposób zmierzyć się z argumentacją, której nie ma.

Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego jest konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający działając na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż Jego zdaniem cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć
na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem oferta wykonawcy BALTIVIA mieści się w kwocie brutto, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Uznanie przez Izbę braku podstaw do odrzucenia oferty BALTIVIA z postępowania spowoduje
w konsekwencji uznanie unieważnienia całego postępowania za bezzasadne.

Z tych wszystkich względów odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie

W dniu 2 lutego 2024 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca

ECO SOLUTION sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie zwanego dalej „Przystępującym”.
Zamawiający, pismem procesowym z dnia 19 lutego 2024 roku złożył odpowiedź
na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.
Zamawiający wskazał, że nie jest prawdą, że nie uzasadnił podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazał, że „w uzasadnieniu przyznał, że miał wątpliwości dotyczące właściwej stawki podatku VAT zastosowanej w pozycji nr 4 tabeli formularza ofertowego: Mycie wiat przystankowych. W związku z tym, mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie,
a następnie w oparciu o udzielone wyjaśnienia przyznał rację wykonawcom twierdzącym,
że w przypadku prac porządkowych na zewnątrz budynków, a mycie wiat niezaprzeczalnie jest usługą mieszczącą się w definicji utrzymania porządku, właściwą stawką podatku VAT jest stawka 8%, niezależnie od częstotliwości zlecania tej usługi.
W tym miejscu przywołać można pismo z dnia 1 marca 2013 r. Izby Skarbowej w Poznaniu,
w którym za prawidłowe uznano stanowisko zgodnie z którym usługi sprzątania na zewnątrz wszelkiego rodzaju budynków, w tym także na zewnątrz budynków niemieszkalnych opodatkowane są jedną preferencyjną stawką VAT w wysokości 8% (Pismo z dnia 1.03.2013 r., wydane przez: Izba Skarbowa w Poznaniu, ILPP4/443•543/12-2/BA, http://sip.mf.gov.pl).
Zamawiający w uzasadnieniu skupił się nad wyjaśnieniem braku możliwości poprawienia oferty w tym zakresie, a nie wydaniem interpretacji skarbowych gdyż nie jest to w kompetencji Zamawiającego”.
„Zamawiający przyznaje, że Odwołujący wykonywał w poprzednich latach (2022 i 2023) usługę utrzymania porządku na terenie Miasta Puszczykowa gdzie usługę mycia wiat przystankowych obwarował 23% stawką podatku VAT. Podkreślić jednak należy, że każde postępowanie jest traktowane przez Zamawiającego odrębnie, dlatego sposób realizacji umów w poprzednich latach nie może być wytyczną do oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast Odwołujący zastosował schemat z lat poprzednich. Tym bardziej, że z informacji z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego wynika, że przedmiotem działalności firmy jest działalność z działu PKWiU 38, 39, 81 a więc usługi objęte obniżoną (8%) stawką podatku VAT. To w opinii Zamawiającego przemawia za rutynowym podejściem Odwołującego do wyceny usług będących przedmiotem postępowania”.
W dniu 20 lutego 2024 roku Odwołujący złożył pismo procesowe, stanowiące replikę wobec stanowiska zawartego w odpowiedzi na odwołanie.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego
oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i 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. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, a czynności objęte odwołaniem uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia.
Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego
po stronie Odwołującego i dopuściła wykonawcę ECO SOLUTION sp. z o.o. z siedzibą
w Koszalinie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.
Izba ustaliła i zważyła:
Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,
że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
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 zarzutów podniesionych w odwołaniu.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, poprzez

bezpodstawne odrzucenie oferty BALTIVIA z uwagi na błąd
w obliczeniu ceny, Izba uznała zarzut za zasadny.
Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty.
Natomiast stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.
Izba podziela stanowisko przywołane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, zgodnie z którym „Zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT, w sytuacji gdy Zamawiający nie określił takiej stawki w SWZ, jest błędem
w obliczeniu ceny, Takiego błędu co do zasady nie można poprawić, a jego konsekwencją jest odrzucenie oferty. Powyższe wynika m.in. z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11)), w której SN orzekł, iż o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić tylko wtedy, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców
z zachowaniem tych samych reguł".
Nie ulega więc wątpliwości, że zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku Vat, w sytuacji,
w której Zamawiający nie wskazał stawki prawidłowej, jest błędem w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Z treści dokumentacji zamówienia wynika, że Zamawiający nie wskazał właściwej stawki VAT dla usługi mycia wiat przystankowych, nie wskazał również że usługa ta jest elementem kompleksowej usługi objętej przedmiotem zamówienia. Wskazał jedynie,
że wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Podkreślenia wymaga, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na błąd w obliczeniu ceny w pozycji nr 4 formularza ofertowego: „Mycie wiat przystankowych". Jednakże w treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie wskazał, jakie okoliczności faktyczne i prawne stały się podstawą do uznania,
że zastosowana przez Odwołującego stawka podatku Vat w wysokości 23% dla usługi mycie wiat przystankowych nie jest stawką prawidłową. Zamawiający powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn akt III CZP 52/11) w zakresie oceny co jest błędem w obliczeniu ceny. Wskazał również, że „wezwał wszystkich Wykonawców
do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie" a także, że „Zamawiający dokonał oceny opierając się na udzielonych wyjaśnieniach wykonawców".

Powyższe, w ocenie Izby w żadnym miejscu nie stanowi uzasadnieni dla uznania
na jakiej podstawie stawka podatku Vat określona przez Odwołującego dla pozycji: „Mycie wiat przystankowych", nie jest stawką prawidłową.

Co więcej, Zamawiający nie wskazał również jaka stawka podatku Vat jest stawką prawidłową dla ww. pozycji oraz dlaczego, i na jakiej podstawie prawnej uznałby taką stawką podatku Vat za właściwą.

Jedyną okolicznością przywołaną przez Zamawiającego, są wyjaśnienia innych wykonawców, na podstawie których Zamawiający opierał się dokonując oceny.
Izba wskazuje, że powyższa argumentacja nie może zostać uznana za zasadną.
Po pierwsze podstawą odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp jest błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający dokonując odrzucenia oferty z postępowania, a więc dokonując czynności wobec wykonawcy o najdalej idących dla niego negatywnych skutkach w postępowaniu musi mieć pewność, że jego decyzja znajduje oparcie w treści przepisów prawa. Tymczasem Zamawiający jak sam wskazał, dokonał oceny prawidłowej stawki Vat opierając się na wyjaśnieniach udzielonych przez innych wykonawców. Co więcej, Zamawiający nawet nie przywołał treści tych wyjaśnień, które uznał za zasadne. Analiza dokumentacji postępowania (którą Zamawiający przekazał Izbie) wykazała, że każdy z wykonawców udzielił odmiennego wyjaśnienia zastosowanej stawki Vat w wysokości 8%.
W ramach wyjaśnień jeden z wykonawców powołał się na usługę zamiatania śmieci, do której zaliczył również mycie wiat przystankowych, a drugi wskazał, że proces mechanicznego mycia wiat wiąże się z wytworzeniem odpadu. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, każdy powstały odpad zostanie przekazany do odpowiedniej Instalacji zagospodarowania, a także sporządzona zostanie karta przekazania odpadu.

Podkreślenia wymaga również, że stanowisko oraz czynności Zamawiającego mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do prawidłowego stosowania stawki podatku Vat , bowiem w latach ubiegłych w postępowaniach, w zakres których wchodziła usługa mycia wiat przystankowych, za właściwą uważał on stawkę podatku Vat w wysokości

23%, a stan prawny nie uległ zmianie.
Choć zgodzić się należy z Zamawiającym, że każde postępowanie jest traktowane przez Zamawiającego odrębnie, dlatego sposób realizacji umów w poprzednich latach nie może być wytyczną do oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, to jednak, podczas rozprawy Zamawiający nie potrafił wyjaśnić dlaczego w poprzednich latach stawkę podatku Vat
w wysokości 23% uważał za właściwą a obecnie za niewłaściwą, oraz jakie okoliczności faktyczne i prawne zadecydowały o powyższej zmianie stanowiska, co do właściwej stawki Vat dla usługi mycia wiat przystankowych.

Zatem w okolicznościach, w których Zamawiający nie był wstanie wykazać i uzasadnić która stawka podatku VAT jest właściwą dla usługi mycia wiat przystankowych, i dlaczego stawka podatku VAT w wysokości 23 % określona przez Odwołującego nie jest stawką właściwą, w ocenie Izby nie można stwierdzić że doszło do błędu w obliczeniu ceny.
Sam fakt, że inny wykonawca wskazał stawkę Vat w wysokości 8% dla usługi mycia wiat przystankowych bez wykazania, że jest to stawka prawidłowa, nie może być podstawą
do uznania, że stawka Vat określona przez Odwołującego jest nieprawidłowa, a zatem
że doszło do złożenia oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny.
Zarzut należało zatem uznać za zasadny.
Powyższe potwierdza również zasadność zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.
Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:
2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
Zamawiający w treści pisma z dnia 24 stycznia 2024 roku „Zawiadomienie
o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania" w pkt I. Informacja o odrzuceniu ofert zawarł podtytuł „Uzasadnienie faktyczne i prawne". Jednakże poza wskazaniem podstawy prawnej
tj. art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, przywołaniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) oraz informacji o wyjaśnieniu treści ofert wszystkich wykonawców w zakresie zastosowanej stawki podatku Vat i uznaniem ich
za podstawę swojej oceny, nie podał żadnego uzasadnienia faktycznego, stanowiącego wyjaśnienie, dlaczego według Zamawiającego stawka Vat w wysokości 23 % dla usługi mycia wiat przystankowych jest stawką niewłaściwą.
Tym samym, Zamawiający nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku, czym naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych podniesione w odwołaniu.

W tych okolicznościach, za zasadny należy również uznać zarzut naruszenia
art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania.
Zgodnie z treścią art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie
o udzielenie zamówienia, jeżeli:
3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.
W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę w wysokości 191.000,00 brutto PLN. Cena oferty Odwołującego wynosi 164.977,25 PLN, a więc mieści się w kwocie, którą posiada Zamawiający na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia.

Wobec niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, czynność Zamawiającego
w postaci unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, nie znajduje oparcia w okolicznościach stanu faktycznego.

Z tych względów należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 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).

Przewodnicząca: ……..