

Sygn. akt: KIO 2253/23

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez odwołującego: **GM Synergy sp. z o.o. sp. j. z/s w Rzgowie** (ul. Tuszyńska 67, 95030 Rzgów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Agencja Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna z/s w Warszawie** (ul. Krucza 50, 00025 Warszawa),

- przy udziale wykonawcy: **M Promotion International Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Warszawie** (ul. Tamka 40/1 00-355 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 50 % odwołującego: **GM Synergy sp. z o.o. sp. j. z/s w Rzgowie** (ul. Tuszyńska 67, 95030 Rzgów) oraz w 50 % zamawiającego: **Polska Agencja Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna z/s w Warszawie** (ul. Krucza 50, 00025 Warszawa) i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną od odwołania przez odwołującego;
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) obejmującą kwotę 7500 zł tytułem 50 % kwoty wpisu od odwołania i kwotę 1800 zł tytułem 50% kwoty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 2253/23

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 31 lipca 2023 r. przez odwołującego: GM Synergy sp. z o.o. sp. j. z/s w Rzgowie w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) (ustawa Pzp lub Pzp) przez zamawiającego: Polska Agencja Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna z/s w Warszawie w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: „Kompleksowa organizacja 7 przyjazdowych misji gospodarczych zagranicznych przedsiębiorców, pochodzących z państw arabskich”. Numer referencyjny: DPZP.DSPG.25.05.2023/PN. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE dnia 16/05/2023 pod numerem: 2023/S 094-288797.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę M PROMOTION INTERNATIONAL SP. Z O.O. (SP. K ul. Tamka 40/1, 00-355 Warszawa (zwanej dalej „M

b) PROMOTION”);

c) czynności zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „MPROMOTION”

d) czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

e) zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

3. Czynnościami i zaniechaniem Zamawiającego, Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „M PROMOTION”, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny, a także przez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, a w konsekwencji wprowadzenia niedopuszczalnej zmiany do oferty wykonawcy „MPROMOTION”,

- ewentualnie (z ostrożności) zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez poprawę omyłki w ofercie wykonawcy „M PROMOTION” w zakresie określenia poszczególnych cen netto oraz kwot VAT w tabeli zawartej w formularzu oferty.

b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, a także zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień.

- ewentualnie (z ostrożności) zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawy omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie określenia poszczególnych cen netto oraz kwot VAT w tabeli zawartej w formularzu oferty.

c) zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy „M PROMOTION” oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty „MPROMOTION” jako najkorzystniejszej,

b) dokonanie czynności odrzucenia oferty „MPROMOTION”,

c) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

d) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, która jego zdaniem nie podlega odrzuceniu, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z Postępowania. Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Odwołujący wskazuje, że w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp to zaniechałby odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonałby odrzucenia oferty wykonawcy „M PROMOTION”, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Uwzględnienie odwołania prowadzić będzie do wyboru oferty Odwołującego. Wadliwa czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania prowadzić będzie do przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania, odrzucenia oferty „M PROMOTION”, a w konsekwencji do uzyskania zamówienia Odwołujący zwraca uwagę, że nawet wyłączenie odrzucenie wykonawcy „M PROMOTION” (bez przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania) leży w interesie Odwołującego, bowiem istnieje realna możliwość iż wykonawcy sklasyfikowani obecnie na miejscach 2 i 3 nie wyrażą zgody na wybór oferty po terminie związania ofertą lub nie złożą podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadzi do unieważnienia postępowania – a czynność ta również leży w interesie Odwołującego, bowiem pozwoli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie w przyszłości. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić 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 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

(...)

W uzasadnieniu stanowiska Odwołujący podał:

1. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „M PROMOTION” (...) ewentualnie (z ostrożności) zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp - poprawę omyłki w ofercie wykonawcy „M PROMOTION” w zakresie określenia poszczególnych cen netto oraz kwot VAT w tabeli zawartej w formularzu oferty (...)

1. Przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowej organizacji 7 przyjazdowych misji gospodarczych zagranicznych przedsiębiorców, pochodzących z Państwa Zjednoczonych Emiratów Arabskich oraz innych krajów uczestniczących w programie gospodarczym towarzyszącym udziałowi Polski w Wystawie Światowej Expo 2020 w Dubaju lub wyrażający zainteresowanie nawiązaniem bliższych relacji biznesowych z polskimi firmami.

2. Zamawiający wymagał określenia w formularzu oferty ceny netto, kwoty VAT oraz ceny brutto odrębnie dla każdej z 7 misji. Zgodnie z postanowieniami umowy każda misja rozliczana będzie w sposób odrębny od pozostałych, a wynagrodzenie zostanie zapłacone jedynie za faktycznie zrealizowane misje.

3. Wybrany wykonawca (MPROMOTION) wypełnił formularz ofertowy w sposób następujący:

4. Zamawiający w dniu 13 czerwca 2023 r. skierował do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień o następującej treści:

5. W odpowiedzi z dnia 16 czerwca 2023 wykonawca „M PROMOTION” wyjaśnił, iż z uwagi na błąd w stosowaniu arkusza kalkulacyjnego wszystkie poszczególne ceny netto oraz wyliczone poszczególne kwoty VAT są błędne. W ramach wyjaśnień wykonawca przedstawił zupełnie nową tabelę cenową, zawierającą zupełnie inne ceny netto, jak i kwoty VAT za poszczególne misje:

6. W dniu 20 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty M PROMOTION. Należy podkreślić, iż w dokumentacji postępowania udostępnionych przez Zamawiającego brak jest potwierdzenia czynności poprawy omyłki w zakresie cen netto oraz kwoty VAT. Tym samym, Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia wykonawcy zawierające nowe ceny netto oraz kwoty VAT, które musiały stanowić podstawę do oceny oferty.

7. Odwołujący wyjaśnił, iż w dokumentacji znajduje się dokument potwierdzający poprawę omyłki w ofercie M PROMOTION jednak w zupełnie innym zakresie tj. rozbieżności między łączną ceną brutto w tabeli (1 105 073,10 zł), a łączną ceną brutto określoną w pkt 1 formularza ofertowego 996 341,10 zł.

Nieprawidłowa stawka podatku VAT – błąd w obliczeniu ceny

8. Zgodnie z obliczeniami Zamawiającego (treść pisma z wezwaniem do wyjaśnień) w pierwotnym formularzu oferty wybrany wykonawca w odniesieniu do poszczególnych misji zastosował następujące stawki podatku VAT:

Misja 1 i 2 – około 17,3 %

Misja 3 – około 18,1 %

Misja 4 i 5 – około 16,45 %

Misja 6 – około 18,49 %

Misja 7 – około 35,7 %

Wszystkie zastosowane stawki to stawki nieznane w polskim systemie podatkowym. O ile stawki określone dla misji 1-6 mogłyby wynikać z zastosowania łącznie różnych stawek podatku, tak stawka dla misji 7 jest znacznie wyższa niż jakkolwiek stawka wynikająca z systemu podatkowego i nie ma racjonalnego wytłumaczenia dla jej zastosowania. Ostatecznie w udzielonych wyjaśnieniach wybrany wykonawca sam przyznał, iż w wyniku błędu zastosowano nieprawidłowe stawki podatku VAT. Wybrany w wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wprost wskazał, iż powinna zostać zastosowana stawka 23% dla wszystkich misji. A zatem, wybrana oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i powinna zostać odrzucona.

9. Odwołujący podkreślił, że sumowanie wartości netto oraz wartości kwoty vat dla poszczególnych misji w ofercie wybranego wykonawcy jest prawidłowe tj. działanie to daje wynik równy wskazanej cenie brutto. A zatem działanie wybranego wykonawcy nie ma charakteru błędny i należy uznać ją za świadome i celowe. Oferta w zakresie określenia ceny nie nasuwała zatem żadnych wątpliwości interpretacyjnych. W szczególności nie wymagała wykładni. Określona w ofercie Konsorcjum cena, została zbudowana z naruszeniem prawa, tj. z zastosowaniem wadliwych stawek podatku VAT, a tego rodzaju błąd określenia ceny nie wymaga wykładni oświadczenia, lecz wiąże się z koniecznością odrzucenia oferty wadliwej.

10. Za błąd w obliczeniu ceny, uznaje się przyjęcie przez wykonawcę do wyliczenia ceny niewłaściwej stawki podatku VAT. Takiego błędu co do zasady nie można poprawić, a jego konsekwencją jest odrzucenie oferty. Błąd w obliczeniu ceny to każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Do obowiązków wykonawcy należy przyporządkowanie

wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do właściwej stawki VAT. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wykonawcy, to ciąży na nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie.

11. Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać każdy wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11). W takim przypadku 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. Nie ma przy tym znaczenia przy ocenie błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy wpływ takiego błędu na ranking ofert.

Niedopuszczalna zmiana oferty po terminie składania ofert

12. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wybrany wykonawca przedstawił zupełnie nową tabelę cenową tj. zawierającą zupełnie inne kwoty netto oraz zupełnie inne wartości kwoty VAT. Zamawiający zaakceptował przedmiotowe wyjaśnienia. Z uwagi na brak czynności poprawy omyłki w zakresie tabeli cenowej to właśnie ta nowa, przedstawiona w ramach wyjaśnień, tabela cenowa stanowiła podstawę do oceny oferty wykonawcy. Uwzględnienie nowej tabeli cenowej przez Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty, będącą wynikiem negocjacji dotyczących treści złożonej oferty.

Brak możliwości poprawy oczywistej omyłki rachunkowej oraz innej omyłki

13. Odwołujący podkreśla, że w dokumentach zamówienia nie określono jednej prawidłowej stawki VAT do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Wręcz przeciwnie, z postanowień SWZ wynika, że Zamawiający dopuszczał możliwość zastosowania różnych stawek podatku VAT do obliczenia kwoty VAT, a obowiązek wskazania prawidłowej stawki podatku VAT został przerzucony na wykonawcę.

W Rozdz. XXI ust. 5 SWZ Zamawiający wskazał:

- „Wykonawca wylicza w ofercie cenę oferty brutto, tj. cenę wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego”.

Ponadto, w formularzu oferty zawarto następujące pouczenia:

- „Wykonawca zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku”.

Z powyższego postanowienia nie sposób wyprowadzić wniosek, iż Zamawiający określił prawidłową stawkę podatku VAT dla przedmiotowego postępowania wynoszącą 23%. Wręcz przeciwnie Zamawiający wskazał, iż wykonawcy mogą stosować inne stawki VAT do obliczenia wartości kwoty VAT.

Najlepszym potwierdzeniem tego faktu jest stanowisko samego Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego:

14. Jeżeli Zamawiający opisując w SWZ sposób obliczenia ceny nie zawarł wskazania dotyczącego konkretnej stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i nie ma możliwości jej poprawienia w ramach omyłki.

15. Zastosowanie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT może zostać uznane za omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, w przypadku kiedy zamawiający zawarł w SWZ konkretny zapis określający stawkę podatkową, jaką należy zastosować w ofercie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał konkretnej stawki podatku VAT, a zatem nie ma możliwości dokonania poprawy. Potwierdza to nadal aktualna uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., w której skład orzekający stwierdził, że „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”.

Niezgodność z warunkami zamówienia

16. Zgodnie z Rozdz. XXI ust. 5 SWZ Zamawiający wskazał, że „Wykonawca wylicza w ofercie cenę oferty brutto, tj. cenę wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego”. Wybrany wykonawca wyliczył poszczególne kwoty brutto stosując niestniejące w powszechnie obowiązujących przepisach stawki podatku VAT. Tym samym, oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z przedmiotowym postanowieniem SWZ.

Zarzut ewentualny

17. W udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji, brak jest dowodu potwierdzającego dokonanie czynności poprawy omyłki w wybranej ofercie. Niemniej jednak Odwołujący z ostrożności podnosi zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy pzp, w szczególności z uwagi na treść wyjaśnień udzielonych przez wybranego wykonawcę, który domagał się poprawienia poszczególnych cen netto, jak i wartości kwoty VAT jako omyłek rachunkowych. Brak jest możliwości poprawienia tabeli cenowej w ramach „innej omyłki” bowiem Zamawiający nie wskazał konkretnej stawki podatku VAT do wyliczenia kwoty VAT. Jednocześnie zobowiązał wykonawców do zastosowania stawki w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

18. Odnosząc się do twierdzeń wybranego wykonawcy nie może być także mowy o wystąpieniu oczywistej omyłki rachunkowej w tabeli cenowej. Wszystkie wyliczenia wynikające z tabeli dają wynik prawidłowy tzn. sumowanie ceny netto z kwotą podatku VAT równa się cenie brutto (zarówno do ceny globalnej, jak i w odniesieniu do poszczególnych misji). Fakt wystąpienia omyłki rachunkowej musi być oczywisty tzn. powinien zostać zauważony przez Zamawiającego bez udziału wykonawcy. Ponadto, sposób poprawienia omyłki powinien być oczywisty. W przypadku oferty wybranego wykonawcy nie ma żadnych podstaw aby dokonywać poprawnych wyliczeń od kwot brutto, a nie od kwot netto. Przy innym układzie ofert w postępowaniu wybrany wykonawca mógłby równie dobrze oczekiwać dokonania przeliczeń od cen netto. Poprawa oczywistej omyłki rachunkowej nie może polegać na przeliczeniu tabeli cenowej przez stawkę podatku VAT która nie została określona zarówno w złożonej ofercie, jak i nie została określona w dokumentacji postępowania. W wyniku udzielonych wyjaśnień doszło do sytuacji w której do obliczeń zamiast 5 stawek podatku (w 7 pozycjach) zastosowano wyłącznie jedną stawkę podatku. Odwołujący wskazuje, że brak określenia podstawy prawnej dla innej stawki podatku niż podstawowa nie oznacza, iż wykonawca zamierzał zastosować właśnie stawkę podstawową. Po

pierwsze, Zamawiający zrównał stawkę podstawową ze zwolnieniem tj. zarówno w odniesieniu do stawki podstawowej jak i zwolnienia nie wymagał żadnych dodatkowych informacji. Po drugie, brak złożenia wymaganej informacji (która nie była obwarowana odrzuceniem i mogła zostać uzupełniona) nie świadczy o intencji zastosowania stawki podstawowej, w sytuacji gdy z tabeli cenowej wynika jakie stawki podatku wykorzystano do obliczenia kwoty podatku. W przypadku różnych stawek wynikających z oferty Zamawiający nie ma żadnych podstaw do wyboru jednej konkretnej stawki, wskazanej przez wykonawcę na etapie badania i oceny ofert.

II. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy pzp - odrzucenia oferty Odwołującego (...) - treść jest zgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a także zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień

19. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług turystycznych, czego najlepszym potwierdzeniem jest zastosowanie przez Zamawiającego następującego kodu CPV: 63510000-7 Usługi biur podróży i podobne.

W przypadku świadczenia tego typu usług przedsiębiorcy uprawnieni są do korzystania z procedury VAT marża. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący (podobnie jak część pozostałych wykonawców) skorzystał właśnie z tej procedury, co wprost wynika ze złożonego formularza ofertowego:

20. Powyższa tabela została przygotowana przez Zamawiającego z myślą o klasycznym sposobie rozliczenia podatku VAT. W konsekwencji zastosowania przez Odwołującego procedury VAT marża Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Jako podstawę wskazano błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodność z warunkami zamówienia, w szczególności Zamawiający wskazał na brak określenia cen netto oraz brak wskazania stawki podatku VAT przez Odwołującego.

21. Czynność Zamawiającego jest wadliwa. Sposób wypełnienia formularza oferty przez Odwołującego wynika wprost z zastosowania procedury VAT marża. Procedura ta jest zgodna z przepisami obowiązującego prawa. Jej zastosowanie było dopuszczalne w niniejszym postępowaniu z uwagi na przedmiot zamówienia o charakterze świadczenia usług turystycznych. Jej zastosowanie nie zostało wyłączone postanowieniami SWZ, a Odwołujący przedstawił w ofercie wszelkie niezbędne informacje do weryfikacji poprawności i kompletności zastosowania procedury VAT marża oraz sporządzenia umowy.

22. Odwołujący w pełni popiera i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone przez Izbę w orzeczeniu o sygn. akt. KIO 134/22:

„Obaj Wykonawcy, zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, wskazali na okoliczność, że zgodnie z art. 106e ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, na fakturze dokumentującej świadczenie usług opodatkowanych w procedurze VAT marża, nie podlega wskazaniu kwota netto oraz podatek VAT, a wyłącznie kwota brutto. Powyższe oznacza, że ocenie Zamawiającego powinna podlegać wyłącznie kwota brutto za realizację zamówienia. Skoro bowiem obaj Wykonawcy zamierzają zastosować przy rozliczeniu procedurę VAT marża, to wskazywanie kwoty netto, czy stawki podatku VAT na tę chwilę nie powinno być obligatoryjne, a jej wskazanie w tej szczególnej sytuacji nie powinno prowadzić do odrzucenia oferty. Treść formularza ofertowego mogła wprowadzać w błąd, skoro Zamawiający oczekiwał podania kwoty netto, a jednocześnie wpisanie tej kwoty (mając na uwadze treść art. 106e ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług) na obecnym etapie nie jest możliwe. Z całą pewnością Odwołujący nie powinien być obciążony negatywnymi konsekwencjami, gdy wypełniając wymagania Zamawiającego (co do konieczności przedstawienia kwoty netto za realizację zamówienia w formularzu ofertowym), taką kwotę przedstawił. (...) Odwołujący wyjaśnił, że celem stwierdzenia „procedura marża VAT” w formularzu ofertowym było wskazanie na zastosowanie takiej procedury. Z jej zastosowania wynikają takie konsekwencje, jak określone w art. 106e ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług. Jeśli na chwilę składania ofert nie było możliwe ustalenie kwoty netto i co za tym idzie - stawki i kwoty podatku VAT to oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona. Także w sytuacji, gdy Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia przez Wykonawcę stawki (czy kwoty) podatku VAT. Skoro brak jest możliwości przedstawienia kwoty netto oraz stawki i kwoty podatku VAT na etapie składania oferty, to nie można mówić o błędzie w obliczeniu ceny. Błąd może wystąpić w sytuacji, gdy znane są składniki działania matematycznego. A skoro Zamawiający przyznał, że składniki mogą nie być znane na chwilę składania ofert (tak też wynika z wyjaśnień Przystępującego, które Zamawiający zaakceptował), to brak jest podstaw do uznania, że w ofercie Odwołującego został popełniony błąd w obliczeniu ceny. Należy także zauważyć, że Odwołujący wskazał na przyjęty przez siebie sposób realizacji usługi, który pociąga za sobą sposób przyszłego rozliczenia podatku VAT. (...) Jednocześnie przygotowując formularz ofertowy, Zamawiający pominął całkowicie brak możliwości przedstawienia kwoty netto i kwoty oraz stawki podatku VAT w przypadku zastosowania procedury marża VAT. Biorąc pod uwagę całokształt wyżej wskazanych okoliczności należało uznać za zasadny zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie zawiera takich błędów”.

23. W pierwszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie określił ceny netto oraz wskazał na niezgodność z następującym zastrzeżeniem zawartym w formularzu oferty: „Zamawiający odrzuci oferty, w których Wykonawcy zaofertują cenę netto o wartości „0” (definicję ceny zawiera ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178).”

Z całą pewnością przedmiotowe zastrzeżenie nie powinno mieć żadnego wpływu na ocenę oferty Odwołującego. Odwołujący nie wpisał wartości „0” w pozycję cena netto. Odwołujący w tej pozycji wstawił znak „-”, co oznacza brak określenia ceny netto, a nie wartość „0” stanowiącą konkretną liczbę. Nie może być więc mowy o niezgodności oferty z przedmiotowym postanowieniem. Ponadto, skoro została określona cena oferty brutto to z oczywistych względów cena netto nie wynosi „0”.

Odwołujący wskazuje także, iż nie może być mowy o błędzie w obliczeniu ceny spowodowanym brakiem określenia ceny netto, bowiem cena ta przy procedurze VAT marża nie jest określana. Odwołujący wyjaśnia, że procedura VAT marża jest korzystną formą dla przedsiębiorców. Według zasady ogólnej podatek VAT nalicza się od pełnej wartości sprzedanych towarów lub usług, natomiast jeżeli chodzi o fakturę VAT marża, opodatkowaniu podlega tylko kwota prowizji, którą pobiera sprzedawca. Zgodnie z art. 119 ustawy o VAT przy prowadzeniu usług turystycznych przez marżę rozumie się różnicę między kwotą należności, którą ma zapłacić nabywca usługi, a ceną, po której podatnik (w celu dalszej odsprzedaży) nabył towar lub usługę dla bezpośredniej korzyści turysty. Odwołujący z całą mocą podkreśla, iż faktura VAT marża nie zawiera ceny jednostkowej netto, wartości sprzedaży netto, stawki podatku, sumy wartości sprzedaży z podziałem na poszczególne stawki, kwoty podatku. Faktura VAT marża zawiera wyłącznie cenę sprzedaży brutto. Reasumując, określenie ceny netto na etapie złożenia oferty nie było możliwe z uwagi na sposób funkcjonowania procedury VAT marża. Ponadto, z uwagi na sposób rozliczenia w procedurze VAT marża, domniemy brak ceny netto nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla Zamawiającego, bowiem otrzyma on fakturę zawierającą wyłącznie cenę sprzedaży brutto. Przygotowany przez Zamawiającego projekt umowy pokazuje, że ma on świadomość istnienia procedury VAT

marża przy usługach turystycznych, bowiem wynika z niego, że do umowy zostaną przeniesione wyłącznie ceny brutto. Zamawiający jest gospodarzem postępowania. Powinien mieć świadomość sposobu rozliczania zamówień na usługi turystyczne. Sposób przygotowania formularza ofertowego obciąża tylko i wyłącznie Zamawiającego. Skoro w SWZ brak zastrzeżenia o braku możliwości stosowania procedury VAT marża to każdy z wykonawców był uprawniony do jej zastosowania. Domniemany błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodność z SWZ nie ma miejsca w sytuacji, gdy w procedurze VAT marża nie da się i nie określa się ceny netto.

24. W drugiej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie określił stawki podatku VAT tylko sposób rozliczenia podatku VAT, a także zacytował następujące zastrzeżenie zawarte w formularzu oferty: „Wykonawca zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku”.

Z całą stanowczością należy podkreślić, iż Zamawiający nie wymagał wskazania stawki podatku VAT. A zatem domniemany brak w tym zakresie nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający wymagał jedynie określania w tabeli cenowej „kwoty VAT w zł” liczonej od ceny netto. Tabela została przygotowana w ten sposób, iż wynik sumowania ceny netto oraz kwoty VAT powinien stanowić cenę brutto oferty. Logika przedmiotowej tabeli jest oczywista i przy jej konstrukcji nie dało się do niej wprowadzić informacji inaczej niż uczynił to Odwołujący. Określenie stawki 23%, czy też obliczenie na jej podstawie kwoty podatku VAT oznaczałoby, że Odwołujący zakłada podstawowy sposób rozliczenia podatku VAT. Tym czasem, przy procedurze VAT marża schemat działania jest zupełnie inny tj. podatek naliczany jest od marży brutto. Reasumując Odwołujący nie mógł wskazać „kwoty VAT w zł” w tabeli cenowej. W miejscu tym Odwołujący przedstawił jednoznaczną informację, iż zostanie zastosowana procedura VAT marża.

Odnosząc się do zacytowanego wyżej zastrzeżenia Odwołujący wskazuje, po pierwsze że w formularzu ofertowym wprost wskazano na procedurę VAT marża, co jest jasnym odesłaniem do konkretnych przepisów. W ocenie Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, że wskazanie na rozliczenie VAT marża stanowiło jasne wskazanie dla profesjonalisty jakim jest Zamawiający. Zamawiający organizując przetarg na usługi turystyczne z pewnością posiada co najmniej podstawową wiedzę w zakresie rozliczenia tego typu usług.

Po drugie, odmiennie niż przy pozostałych zastrzeżeniach Zamawiający nie określił, że brak informacji o podstawie prawnej zastosowania innej stawki podatku będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Po trzecie, za treść oferty nie można uznać informacji o podstawie prawnej zastosowania stawki podatku. Z oferty wprost wynika, że oferta uwzględnia zastosowanie procedury VAT marża, co stanowi treść oferty. Jednakże informacja o podstawie prawnej może zostać przedstawiona w drodze wyjaśnień, ewentualnie uzupełnienia innego dokumentu.

Reasumując, Zamawiający nie oczekiwał określenia w formularzu oferty stawki podatku VAT. Uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w tym zakresie jest więc całkowicie wadliwe. Zawarta w tabeli cenowej pozycja „kwota VAT” dotyczyła kwoty obliczonej na podstawie ceny netto. W procedurze VAT marża „kwota VAT” nie mogła zostać określona, bowiem podatek naliczany jest od marży brutto. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego stanu faktycznego, będących podstawą dokonywanej kalkulacji w świetle dokumentów zamówienia. W mniejszej sprawie Odwołujący w formularzu oferty przedstawił dokładnie takie dane jakie znajdują się na fakturze wystawionej w związku z realizacją zamówienia.

25. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaniechał zastosowania procedury wyjaśnień, w szczególności zaniechał zbadania sposobu skalkulowania ceny przez Odwołującego. Działania Zamawiającego naruszają zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem w odniesieniu do wybranego wykonawcy taka procedura została przeprowadzona i miała istotny na końcową ocenę oferty. W szczególności Zamawiający mógł uzyskać od Odwołującego w jaki sposób zostanie odprowadzony podatek VAT w związku z realizacją zamówienia tj. że będzie naliczony od faktycznej marży wykonawcy, a nie ceny netto określonej w formularzu ofertowym.

26. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zastosował przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i odrzucił ofertę Odwołującego, przechodząc do porządku dziennego nad tym, że zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Tymczasem w przedstawionych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego jest niezgodne z tą zasadą, przez którą przymat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Przygotowany przez Zamawiającego projekt umowy zakłada jedynie przeniesienie do treści umowy cen brutto. W sytuacji, gdy w procedurze VAT marża do wystawienia faktury oraz zawarcia i rozliczenia umowy potrzebna jest wyłącznie cena brutto, odrzucenie oferty wyłącznie z powodu sposobu wypełnienia tabeli cenowej w zakresie ceny netto i kwoty podatku VAT stanowiłoby przejaw skrajnego formalizmu, przed którym chroni zasada proporcjonalności jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy Pzp. Skoro w procedurze VAT marża istotna jest wyłącznie cena brutto to domniemane błędy w zakresie określenia ceny netto i kwoty podatku VAT nie mają żadnego wpływu na wynik oceny ofert.

27. Z daleko idącej ostrożności z ostrożności, Odwołujący podnosi zarzut ewentualny naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie poprawy omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie określenia poszczególnych cen netto oraz kwot VAT w tabeli zawartej w formularzu oferty. Skoro Zamawiający bazując na wyjaśnieniach wykonawcy „M PROMOTION” był w stanie od ceny brutto wyliczyć kwotę podatku VAT oraz cenę netto to dokładnie tą samą procedurę mógł zastosować wobec oferty Odwołującego.

III. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy „M PROMOTION” oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego

28. Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty „M PROMOTION” jako najkorzystniejszej, przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności” (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15).

Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego

uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

29. Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty „M PROMOTION”, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejsza. Zatem taki sposób rozstrzygnięcia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

30. Reasumując, jak dowodzi niniejsze odwołanie, oferta „M PROMOTION” nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu postanowień SWZ oraz przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wykonawcy – Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. j. z/s w Rzgowie wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

W uzasadnieniu podał w szczególności: (...)

5. W pierwszej kolejności Zamawiający zauważa, że brak jest podstaw do twierdzenia, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w zakresie odrzucenia wyłącznie oferty Przystępującego nawet w przypadku utrzymania w mocy decyzji o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący na str. 3 odwołania wskazał, że cyt. nawet wyłączne odrzucenie wykonawcy „M PROMOTION” (bez przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania) leży w interesie Odwołującego, bowiem istnieje realna możliwość iż wykonawcy sklasyfikowani obecnie na miejscach 2 i 3 nie wyrażą zgody na wybór oferty po terminie związania ofertą lub nie złożą podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadzi do unieważnienia postępowania – a czynność ta również leży w interesie Odwołującego, bowiem pozwoli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie w przyszłości. Podkreślenia wymaga, że w okolicznościach niniejszej sprawy poza Odwołującym i Przystępującym pozostało w postępowaniu jeszcze dwóch wykonawców. Zamawiający nie ma wiedzy w oparciu o jakie informacje Odwołujący stanowczo oświadcza o braku zainteresowania pozostałych wykonawców dalszym udziałem w postępowaniu. Wskazani Wykonawcy, podobnie zresztą jak Odwołujący i Przystępujący, złożyli oferty w postępowaniu, co jednoznacznie świadczy o ich zainteresowaniu w realizacji zamówienia. To zaś oznacza, że w przypadku potwierdzenia prawidłowości decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, interes we wniesieniu odwołania nie może być rozpatrywany jako potencjalna szansa udziału w kolejnym postępowaniu po unieważnieniu aktualnie prowadzonego. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w tym względzie formułuje zbyt daleko idące oczekiwania i wywodzi w oparciu o okoliczności, które nie mają miejsca.

6. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy pzp - zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „M PROMOTION” (...), Zamawiający całą stanowczością oświadcza, że w postępowaniu nie doszło w żadnym zakresie do jakichkolwiek, tym bardziej niedopuszczalnych negocjacji z Przystępującym, jak też że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

7. Odnosząc się do części zarzutu dotyczącej rzekomego błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający wskazuje, że uzasadnienie w treści odwołania dla wskazanego zarzutu koncentruje się wokół zbudowania w przedmiotowej sprawie wrażenia popełnienia ewidentnego błędu w obliczeniu ceny przez Przystępującego i bezkrytycznej ocenie przedmiotowej okoliczności przez Zamawiającego. Odwołujący bowiem przytacza treść oferty Przystępującego, wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego oraz odpowiedź Przystępującego, z których to dokumentów wywodzi własne wnioski. W tym miejscu Zamawiający zatem wskazuje, że w formularzu oferty – zgodnie z postanowieniami SWZ - Wykonawcy zobligowani byli do podania kwoty VAT w zł – nie w stawkach procentowych, wartościach opisowych czy innych – co zresztą potwierdza sam Odwołujący w punkcie 24 uzasadnienia odwołania. To zatem w jaki sposób wykonawcy uzupełnili przedmiotowy formularz było ich wyłączną decyzją, w którą Zamawiający w żaden sposób nie ingerował. Przystępujący złożył formularz ofertowy z kwotami uzupełnionymi w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Odwołujący wpisał zaś w kolumnie jak wyżej: VAT marża. W odniesieniu do oferty Przystępującego Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie zastosowanej kwoty VAT, co spowodowało skierowanie wezwania do Przystępującego. Wobec uzyskania wyjaśnień od Przystępującego, który w żadnym zakresie nie dokonał zmiany ceny oferty brutto, a jedynie wyjaśnił co było powodem omyłkowo wpisanych kwot netto i kwot VAT (ale nie cen brutto poszczególnych misji i ceny ogółem brutto), tj. wadliwy arkusz kalkulacyjny, brak jest podstaw do twierdzenia, że doszło do jakichkolwiek negocjacji z Zamawiającym ceny oferty, a tym bardziej, że Zamawiający pozwolił na niedopuszczalną zmianę ceny oferty, prowadząc w tym względzie negocjacje z Przystępującym. Zamawiający uzyskał bowiem od Przystępującego informacje, które w jego ocenie były logiczne i spójne, co w konsekwencji spowodowało uznanie ich za wiarygodne i rzeczowe.

8. Zamawiający zauważa także, że cała argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w treści uzasadnienia odwołania sprowadza się do wykazania, że błędem jest przyjęcie innej stawki podatku VAT niż potrzebna do obliczenia ceny. Nie sposób się zgodzić z taką argumentacją, gdyż po pierwsze w żadnym miejscu nie pojawia się oferowana stawka VAT w wysokości 23%, a wyłącznie wyliczenia, które jak zapewnił Przystępujący są efektem pracy w arkuszu kalkulacyjnym, po drugie zaś już z samej treści wezwania Zamawiającego do wyjaśnień wynika, że wyliczenia te nie są nawet podobne do jakiegokolwiek stawki VAT znanej polskiemu porządkowi prawnemu. Gdyby Zamawiający widział stawki w wysokości np. 5% - bo tak też wychodziłoby z jego wyliczeń, wówczas jego ocena mogłaby zwrócić się w kierunku analizy błędu w obliczeniu ceny. Tymczasem, jak wynika z wyjaśnień Przystępującego, wpisane przez niego liczbowo kwoty VAT w zł mogą zostać uznane wyłącznie za oczywistą omyłkę pisarską wynikającą z błędu w arkuszu kalkulacyjnym.

Uzupełniając tylko Zamawiający wskazuje, że nie dokonał poprawy oczywistych omyłek pisarskich w formularzu oferty po uzyskaniu wyjaśnień od Przystępującego, gdyż uznał, że czynność ta nie ma znaczenia dla prawidłowości przebiegu postępowania. Kwota brutto oferty pozostała bowiem bez żadnej zmiany. Zaniechanie Zamawiającego polegające na operacyjnym poprawieniu formularza oferty w zakresie popełnionych przez Przystępującego omyłek pisarskich mogą być postrzegane wyłącznie przez pryzmat staranności w prowadzeniu postępowania. Nie mogą natomiast w żaden sposób implikować żadnych konsekwencji dla Przystępującego.

9. Podkreślenia wymaga, że powyższa argumentacja znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 17 października 2017 r. (sygn. KIO 1968/17) Izba wskazała, że w kwestionowanej pozycji podatek od towarów i usług został podany w postaci jego wartości kwotowej, a nie stawki procentowej. Z tego też powodu jest to wartość liczbowo łatwa do poprawienia w ramach omyłki rachunkowej - do tego, jak wynika z doświadczenia Izby, taka sytuacja (błędne podanie podatku czy kwoty brutto) jest typową omyłką rachunkową pojawiającą się w ofertach. Błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie podatku od towarów i usług dotyczy raczej błędnie zastosowanej stawki, a nie podania kwoty. W tym samym wyroku Izba

wskazała, że nawet najbardziej awangardowy podatnik co do zasady nie stosuje stawek innych niż określone w przepisach ustawy o podatku od towarów i usług, jak sporna stawka 22,3%. (...) Ze względu na fakt, że Zamawiający już poprawił przedmiotową omyłkę przed rozprawą oraz z uwagi na to, że nie ma ona wpływu na cenę oferty (cena końcowa oferty została podana prawidłowo) oraz wynik postępowania, Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania żadnej czynności w tym zakresie.

10. W ocenie Zamawiającego na uwagę zasługuje jeszcze jeden aspekt w zakresie oczekiwanego przez Odwołującego sposobu obliczenia ceny oferty. Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że prawidłową ceną była cena netto i to właśnie ta cena pozostała w sposób niedopuszczalny przez Przystępującego w drodze wyjaśnień zmieniona. Tymczasem Odwołujący nie wykazał w żadnym miejscu odwołania, nawet nie uprawdopodobnił, że Zamawiający w dokumentach zamówienia oczekiwał określonego sposobu obliczenia ceny oferty tak jak często bywa poprzez zastosowanie instrukcji w postaci: do ceny netto dodaj VAT, przemnoż liczbę sztuk itp. W okolicznościach niniejszej sprawy takiej instrukcji nigdzie w dokumentach zamówienia Zamawiający nie zawarł. To zaś bezsprzecznie uniemożliwia przyjęcie, że sposób poprawy omyłki pisarskiej w zakresie kwoty VAT w zł jak i ceny netto od podstawy wyrażonej w kwocie brutto są niewłaściwe, bo właściwe jest wyłącznie liczenie w tzw. drugą stronę czyli od ceny netto jako podstawy – zgodnie z twierdzeniem Odwołującego. Aktualne pozostaje zatem pytanie o dopuszczalność twierdzenia Odwołującego w tym względzie.

11. Przedstawione w punkcie 16 uzasadnienia odwołania twierdzenie o niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia z uwagi na zastosowanie nieistniejących w powszechnie obowiązujących przepisach stawek VAT należy w ocenie Zamawiającego uznać wyłącznie za prywatną opinię Odwołującego. W związku z tym, że Odwołujący ograniczył swoje uzasadnienie w tym zakresie do trzech zdań, Zamawiający również ograniczył swoje stanowisko do powyższej argumentacji, w tym także obejmującej stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

12. W odniesieniu do zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy pzp poprzez poprawę omyłki w ofercie wykonawcy „M PROMOTION” w zakresie określenia poszczególnych cen netto oraz kwot VAT w tabeli zawartej w formularzu oferty, Zamawiający wskazuje, że w formularzu Przystępującego poza jedną poprawą omyłki w piśmie z dnia 6 czerwca 2023 r., nie dokonał żadnej zmiany, w tym także zmiany na którą wskazuje Odwołujący. Trudno jest zatem Zamawiającemu ustalić, jaką czynność miałby zrealizować w przypadku uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Podkreślenia wymaga, że z brzmienia zarzutu ewentualnego wynika wprost jakoby zamawiający naruszył postanowienie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez poprawę omyłki, co jak raz jeszcze podkreślenia wymaga, nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

13. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego(...) Zamawiający wskazuje, że w żadnym zakresie nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego. Zamawiający w całości podtrzymuje swoje stanowisko odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego wyrażone w piśmie z dnia 20 lipca 2023 r.

14. Odwołujący swoją argumentację odnoszącą się do rzekomych naruszeń w zakresie odrzucenia jego oferty oparł na założeniu, że z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia są usługi turystyczne, co potwierdza zastosowany kod CPV 63510000-7 Usługi biur podróży i podobne, jest jak najbardziej uprawniony do zastosowania VAT marży. W tym też zakresie przedstawił obszerne orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej potwierdzające prawidłowość zastosowania VAT marży.

15. Zamawiający nie może zgodzić się w żadnym razie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Odwołującego. Przedmiotem niniejszego postępowania nie są bowiem usługi turystyczne, ale zgodnie z punktem 5 opz stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ:

- 1) zapewnienie biletów lotniczych dla członków delegacji;
- 2) zapewnienie usług hotelowych w Polsce;
- 3) dokonanie wszelkich formalności wizowych i innych;
- 4) opracowanie programu, organizacja spotkania z ekspertami branżowymi PAIH;
- 5) zapewnienie usług transportu miejscowego z uwzględnieniem możliwości przelotów krajowych;
- 6) przygotowanie welcome packów i pakietów promocyjnych;
- 7) zapewnienie biletów wstępu na wszystkie targi i umawianie spotkań w czasie targów;
- 8) wykonanie dokumentacji zdjęciowej;
- 9) wykonanie filmu podsumowującego każdą z misji;
- 10) zapewnienie polis ubezpieczeniowych;
- 11) zapewnienie usług gastronomicznych/cateringowych;
- 12) zapewnienie usług w związku z programem gospodarczo-szkoleniowym;
- 13) zapewnienie mobilnego dostępu do Internetu;
- 14) zapewnienie opiekuna podróży;
- 15) zapewnienie środków ochrony osobistej;
- 16) zapewnienie usługi tłumacza (arabsko-polski, angielsko-polski, francusko-polski).

16. Zamawiający wskazuje także, że kody CPV wskazane w punkcie 3 rozdziału V SWZ, które zostały zastosowane w niniejszym postępowaniu, a które Odwołujący pominął w złożonym odwołaniu to:

- 1) 63510000-7 Usługi biur podróży i podobne
- 2) 79952000-2 Usługi w zakresie organizacji imprez,
- 3) 55100000-1 Usługi hotelarskie,
- 4) 92111210-7 Produkcja filmów reklamowych,
- 5) 79540000-1 Usługi w zakresie tłumaczeń ustnych.

17. W ocenie Zamawiającego informacje wskazane powyżej w sposób jednoznaczny potwierdzają, że w przedmiot zamówienia wchodzi różnego rodzaju czynności, w tym usługi tłumaczeń, produkcji filmów czy obsługi cateringu. Jest to o tyle istotne, że mimo określonego celu przedmiotu zamówienia, Odwołujący pozwolił sobie na sklasyfikowanie przedmiotu zamówienia jako tradycyjnej wycieczki, zwanej profesjonalnie usługą turystyczną, i taką też informację uwzględnił w składanej ofercie. Tymczasem, zgodnie z punktem 1 opz, celem organizacji misji branżowych po Wystawie Światowej EXPO 2020 Dubaj jako efektu utrwalającego prowadzone działania promocji Polski oraz nawiązane relacje gospodarcze jest:

- 1) promocja gospodarcza: wzmocnienie kontaktów gospodarczych Polski z ZEA, krajem-gospodarzem Wystawy oraz całym rejonem Bliskiego Wschodu i Afryki, w szczególności w zakresie wspierania arabskich i afrykańskich

przedsiębiorców w poszukiwaniu partnerów biznesowych (dostawców) z Polski, a także możliwości inwestycyjnych w Polsce oraz budowaniu trwałych relacji handlowych, a także w zakresie współpracy naukowej;
2) wsparcie polskich przedsiębiorców w walce z gospodarczymi skutkami pandemii COVID-19;
3) budowa wizerunku: kształtowanie wizerunku Polski jako kraju otwartego na inwestycje zagraniczne;
4) efekt „halo”: zbudowanie marki i rozpoznawalności Polski poprzez inicjowanie działań z wielu obszarów i dotarcie tym samym do różnych grup docelowych.

Powyższy cel nie stanowi zatem w żadnym razie usługi o charakterze turystycznym, więc próbę ukierunkowania realizacji przedmiotu zamówienia przez Odwołującego w stronę usług turystycznych w przypadku tak określonego celu należy ocenić jako co najmniej mało profesjonalną. Skoro zatem przedmiotowe usługi nie stanowią usług turystycznych, Odwołujący nie był uprawniony do obliczenia ceny z wykorzystaniem VAT marży, tym samym odrzucenie jego oferty było w ocenie Zamawiającego prawidłowe.

18. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że Odwołujący od początku udziału w postępowaniu miał wiedzę w jaki sposób należy wypełnić formularz ofertowy składając ofertę, jak też miał wiedzę co jest przedmiotem zamówienia i jakie są warunki realizacji umowy. Zamawiający nie zna powodów dla których Odwołujący nie zastosował się do instrukcji określonej przez Zamawiającego. Nie jest też dla Zamawiającego zrozumiałym, w jaki sposób miałby poprawić ewentualnie ofertę Odwołującego – bo nie wie, co tak naprawdę skalkulował w cenie swojej oferty Odwołujący. Z treści odwołania bowiem wynika, że są to bliżej nieokreślone usługi turystyczne i dlatego zastosowana VAT marża jest prawidłowa. To zaś powoduje, że Zamawiający uprawniony był do odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, jak też uprawniony był do zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny oferty.

19. W odniesieniu do zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie poprawy omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie określenia poszczególnych cen netto oraz kwot VAT w tabeli zawartej w formularzu oferty, w świetle powyższego, Zamawiający nie miał podstaw do wezwania do wyjaśnień Odwołującego, jako że przyjęty przez niego sposób obliczenia ceny oferty z góry był nieprawidłowy. Jak już wskazano powyżej, przedmiotem zamówienia nie są usługi turystyczne, a usługi o różnym charakterze, które w całości składają się na organizację określonego przedsięwzięcia. To samo w sobie zaś powoduje, że Odwołujący złożył ofertę obciążoną błędem w obliczeniu ceny, co w konsekwencji implikowało konieczność jej odrzucenia, nie zaś rozpoczęcia procedury badania jakichkolwiek wątpliwości przez Zamawiającego, bo tych wątpliwości po stronie Zamawiającego nie było. W tym zatem zakresie zarzut w ocenie Zamawiającego podlega oddaleniu.

20. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy „M PROMOTION” oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że w świetle powyżej zaprezentowanego stanowiska do popełnienia wskazanych naruszeń w przedmiotowym postępowaniu nie doszło. Zamawiający w sposób w pełni zgodny z przepisami ustawy Pzp dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego, jak też w sposób w pełni uprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Powyższe czynności Zamawiający zrealizował z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz z uwzględnieniem zasad, które sam ustanowił w dokumentach zamówienia. Decyzje Zamawiającego stanowiły wynik analizy złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofert i dokumentów, jak też wymagań zawartych w dokumentach zamówienia.

21. Przyjmując zatem, że przedmiotowy zarzut stanowi pochodną zarzutów odnoszących do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jak i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w odniesieniu do których Zamawiający przedstawił stanowisko w sprawie potwierdzające prawidłowość przeprowadzonych przez niego działań, brak jest podstaw do uwzględnienia argumentacji przedstawionej przez Odwołującego.

(...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca M Promotion International sp. z o.o. Sp. k. z/s w Warszawie wnosząc także oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 11 sierpnia 2023 r. podał w szczególności: (...) W ocenie Przystępującego, zarzuty postawione w odwołaniu przez Odwołującego są bezzasadne, a Odwołanie powinno podlegać oddaleniu w całości. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, zmierza do przywrócenia swojej oferty oraz do odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty rzekomo wadliwej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż zgodnie z art. 505 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych („PZP”), środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy wyłącznie, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celem jest zmiana sytuacji wykonawcy, polegająca na możliwości wyboru oferty wykonawcy odwołującego się. Celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem in abstracto (por. np. wyrok KIO z 5 kwietnia 2023 r., KIO 798/23), a więc np. sytuacji, w których wykonawca definitywnie wykluczony z postępowania lub co do oferty którego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że podlega odrzuceniu, kwestionuje oferty innych wykonawców. W ocenie Przystępującego interes Odwołującego nie może być rozumiany tak szeroko (vide pkt 5 Odwołania), iż środki ochrony prawnej przysługiwałyby mu również w sytuacji, gdyby potwierdziło się odrzucenie jego oferty, gdyż potencjalnie pozostali wykonawcy mogliby nie wyrazić zgody na zawarcie umowy, a Postępowanie mogłoby zostać unieważnione. Gdyby dopuścić korzystanie ze środków ochrony prawnej również w takiej sytuacji, w ocenie Przystępującego weryfikacja interesu w uzyskaniu zamówienia byłaby niepotrzebna, gdyż taki interes istniałby zawsze. Przekładając powyższe na rozpatrywaną sprawę, interes i szkoda Odwołującego w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP, mogłyby wystąpić jedynie w sytuacji, gdyby Odwołujący skutecznie zdołał przywrócić swoją odrzuconą przez Zamawiającego ofertę w Postępowaniu, tj. w przypadku uwzględnienia tej grupy zarzutów przez Izbę. Oddalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów postawionych w Odwołaniu w pkt 1 lit. c) oraz pkt 1 lit. d) (tj. rzekomo bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego) skutkowałoby bezcelowością rozpatrywania pozostałych zarzutów przez Izbę, gdyż ich ewentualne uwzględnienie nie doprowadziłoby do zmiany sytuacji Odwołującego. Już choćby z tego powodu odwołanie powinno zostać w takiej sytuacji oddalone. Dlatego też w pierwszej kolejności Przystępujący odnosi się do tej grupy zarzutów, która dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego – a dopiero po przedstawieniu stanowiska w tym zakresie, z ostrożności procesowej, odnosi się również do grupy zarzutów dotyczących rzekomo nieprawidłowego wyboru oferty Przystępującego.

1. Zasadne odrzucenie oferty odwołującego

W ocenie Przystępującego, Odwołujący myli możliwość skorzystania przez wykonawców w Postępowaniu z procedury podatkowej pn. „VAT Marża”, z wymaganym przez Zamawiającego sposobem wypełnienia formularza ofertowego. Zarzut Odwołującego opiera się przede wszystkim na zacytowaniu jednostkowego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej,

sygnatura KIO 134/22, z którego rzekomo ma wynikać niemożliwość podawania w ofercie składanej przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cen netto. Należy zauważyć, że zacytowany wyrok KIO dotyczy sytuacji zgoda odmiennej, niż ta w obecnym postępowaniu – tj. w stanie faktycznym sprawy KIO 134/22. Odwołujący przedstawił ceny jednostkowe netto w formularzu ofertowym, a jedynie nie określił obowiązującej stawki VAT. Tym samym wyrok ten nie powinien mieć znaczenia w rozpatrywanej sprawie. W rozpatrywanej sprawie Odwołujący nie podał w formularzu ofertowym cen netto. Skoro Odwołujący nie zgadzał się ze sposobem redakcji formularza ofertowego przez Zamawiającego, to mógł wnieść od tej czynności Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, czego zaniechał.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Przystępującego odrzucenie oferty Odwołującego było jak najbardziej zasadne.

2. Wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej

Przystępujący pragnie zauważyć, że Odwołujący w Odwołaniu próbuje cytować wyjaśnienia składane w toku Postępowania przez Przystępującego w sposób wybiórczy i nieprecyzyjny.

Przystępujący zwraca uwagę, iż w żadnym miejscu złożonych przez siebie wyjaśnień, nie wyjaśniał on, że „wszystkie poszczególne kwoty netto oraz wyliczone poszczególne kwoty VAT są błędne”, gdyż treść złożonych wyjaśnień w tym zakresie brzmi: *„Wykonawca niniejszym informuje, że ceny netto i kwoty VAT przedstawione w formularzu ofertowym zostały przeniesione z arkusza kalkulacyjnego, w którym zastosowano błędną formułę. W formularzu ofertowym ceny brutto zostały wskazane w sposób prawidłowy natomiast podstawowa stawka VAT 23% mająca zastosowanie w odniesieniu do Wykonawcy, została mylnie obliczona w arkuszu kalkulacyjnym”*. Tym samym Odwołujący, rzekomo cytując wyjaśnienia Przystępującego, dokonuje twórczej ich interpretacji, a nie wiernego przytoczenia. Odwołujący na str. 6 Odwołania wywodzi, iż sam fakt stwierdzenia przez Przystępującego w wyjaśnieniach, iż prawidłową (lecz błędnie niezastosowaną) stawką VAT to 23% oznacza, że oferta Przystępującego zawiera niemożliwy do poprawienia błąd w obliczeniu ceny. Z takim stwierdzeniem Przystępujący się nie zgadza. Odwołujący wprawdzie przyznaje w Odwołaniu, że (str. 10) *„Za błąd w obliczeniu ceny uznaje się przyjęcie przez wykonawcę do wyliczenia ceny niewłaściwej stawki podatku VAT. Takiego błędu co do zasady nie można poprawić, a jego konsekwencją jest odrzucenie oferty...”*, to jednak – pomimo przyznania, że mogą istnieć sytuacje w których błąd w obliczeniu ceny nie powoduje odrzucenia oferty – nie odnosi się to kompletnie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w toku Postępowania i nie analizuje (oraz nie zaprzecza), że w niniejszym Postępowaniu z takimi okolicznościami mamy do czynienia. Bezsprzecznie okolicznością jest to, że Zamawiający w formularzu ofertowym zawarł następujące pouczenie *„Wykonawca zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku”*.

W ocenie Przystępującego takie pouczenie wykonawców przez Zamawiającego oznacza, że w braku uzasadnienia przyjęcia odmiennej stawki podatku VAT, obowiązywać będzie stawka podstawowa, która wynosi 23%. Tym samym nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniami Odwołującego zawartymi w pkt 13 Odwołania, że właśnie w takiej sytuacji – tj. braku uzasadnienia zastosowania stawki podatkowej przez wykonawców – Zamawiający nie określił prawidłowej stawki VAT. Wręcz przeciwnie – w wybiórczym cytacie Odwołania w pkt 13 brakuje ww. fragmentu formularza ofertowego. W ocenie Przystępującego, właśnie to pouczenie Zamawiającego w formularzu ofertowym zacytowane powyżej oznacza, że każdy wykonawca w przypadku braku uzasadnienia zastosowania innej stawki podatku niż podstawowa, w oczywisty sposób musi zastosować stawkę podstawową, tj. 23%. Jak sam Odwołujący przyznaje w pkt 15 Odwołania, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT może zostać za omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty (tj. taką omyłkę, którą Zamawiający może poprawić – przyp. Przystępującego), w przypadku, kiedy zamawiający zawarł w SWZ konkretny zapis określający stawkę podatkową jaką należy zastosować w ofercie. Skoro formularz ofertowy zawierał takie postanowienie oraz jest załącznikiem do SWZ, Przystępujący stoi na stanowisku, iż właśnie takie postanowienie określające konkretną stawkę podatkową w sytuacji braku uzasadnienia innej stawki, Zamawiający zawarł. Zupełnie inaczej można by oceniać wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, gdyby z zastosowanych cen netto i wyliczeń kwoty VAT wynikały znane, lecz korzystniejsze stawki podatkowe. Takie działanie i sytuacja mogłyby świadczyć o inżynierii cenowej dokonywanej przez wykonawcę. Jednak w rozpatrywanej sprawie okoliczności są zgoła odmienne,

i) po pierwsze, Przystępujący w sposób oczywisty pomylił się i przedstawił przez niego kwoty VAT nie odpowiadające żadnej znanej stawce podatku VAT obowiązującej w Polsce, oraz

ii) po drugie, nie zawarł w formularzu ofertowym jakiegokolwiek uzasadnienia czy choćby fragmentu zdania sugerującego, że polega na innej – niż podstawowa – stawce podatku VAT.

W takiej sytuacji, wobec nieprzedstawienia żadnego uzasadnienia odstępstwa od stawki podstawowej (co było wymogiem Zamawiającego i warunkiem umożliwiającym skorzystanie z takiej odmiennej stawki) oraz oczywistych błędów w postaci zastosowania stawek podatkowych nieznanymi polskiemu systemowi podatkowemu, oczywistość omyłki nie budziła wątpliwości. Powyższe jest również zgodne z uchwałą Sądu Najwyższego III CZP 52/11, którą również w Odwołaniu – wybiórczo – cytuje Odwołujący (pkt 11). W wyżej wymienionej uchwale, Sąd Najwyższy stwierdził: *„Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty”*. W ocenie Przystępującego właśnie z taką niezgodnością, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty i podlegającą poprawieniu, Zamawiający miał do czynienia w zakresie oferty Przystępującego. W konsekwencji, wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej był w pełni prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy PZP.

Izba ustaliła zważyła, co następuje:

Izba, w pierwszej kolejności stwierdziła, że wykonawca GM Synergy sp. z o.o. sp. j. z/s w Rzgowie (GM Synergy) wnosząc odwołanie w dniu 31/07/23 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Kompleksowa organizacja 7 przyjazdowych misji gospodarczych zagranicznych przedsiębiorców, pochodzących z państw arabskich” miał legitymację procesową w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia przedmiotowego odwołania.

Przepis art. 505 ust.1 ustawy Pzp stanowi: *„1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”*

Tak jak wskazał Odwołujący, składając w przedmiotowym postępowaniu ofertę wykonawca GM Synergy potwierdził zainteresowanie udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W wyniku zarzucanych w odwołaniu

naruszeń – skutkiem działań i zaniechań Zamawiającego - przepisów ustawy Pzp interes wykonawcy doznaje uszczerbku i w ich wyniku wykonawca może ponieść szkodę. Zdaniem bowiem wykonawcy, Zamawiający postąpił niezgodnie z przepisami ustawy Pzp odrzucając ofertę Odwołującego w miejsce odrzucenia oferty wykonawcy „M PROMOTION” i w konsekwencji dokonał z naruszeniem Pzp wyboru oferty tego wykonawcy w miejsce jego oferty. Tym samym dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadzić mogło do sytuacji, w której Odwołujący mógł utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe – na gruncie ustawy Pzp - stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem Izba nie uwzględniła zarzutu podnoszonego przez Zamawiającego (Polska Agencja Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna z/s w Warszawie) i Przystępującego po jego stronie wykonawcy MPromotion International Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Warszawie (M PROMOTION), co do braku legitymacji procesowej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia przedmiotowego odwołania przez wykonawcę GM Synergy sp. z o.o. sp. j. z/s w Rzgowie (GM Synergy).

Odwołanie w zakresie podnoszonych w nim zarzutów, uwzględniając wytyczne zawarte w przepisie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – jak wskazano w punkcie V SWZ jest:

1.(...) usługa kompleksowej organizacji 7 przyjazdowych misji gospodarczych zagranicznych przedsiębiorców pochodzących z Państwa Zjednoczonych Emiratów Arabskich oraz innych krajów uczestniczących w programie gospodarczym towarzyszącym udziałowi Polski w Wystawie Światowej Expo 2020 w Dubaju lub wyrażający zainteresowanie nawiązaniem bliższych relacji biznesowych z polskimi firmami.

2.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SWZ (dalej: OPZ) oraz w projektowanych postanowieniach umowy (załącznik nr 4 do SWZ).

3.Kody zamówienia określone we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV):

a)63510000-7 Usługi biur podróży i podobne

b)79952000-2 Usługi w zakresie organizacji imprez,

c)55100000-1 Usługi hotelarskie,

d)92111210-7 Produkcja filmów reklamowych,

e)79540000-1 Usługi w zakresie tłumaczeń ustnych.

Wykonawcy ceny ofertowe mieli przedstawić w tabeli – w formularzu ofertowym – zał. do SWZ

(...)

1.**SKŁADAMY OFERTĘ** na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia za cenę łączną (wszystkie misje) zł brutto, wynikającą z poniższego zestawienia:

	Cena netto w zł	Kwota VAT w zł	Wartość brutto w zł
Misja 1 (sektor budowlany)			
Misja 2 (sektor meblowy)			
- Misja 3 (sektor kosmetyczny)			
Misja 4 (sektor spożywczy)			
Misja 5 (sektor medyczny, w tym medtech i medycyna turystyczna)			
Misja 6 (sektor wydobywczy)			
Misja 7 (sektor IT, gaming, fintech)			
RAZEM			

* Ceny należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,

** Wykonawca zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku.

Zamawiający odrzuca oferty, w których Wykonawcy zaofertują ceny netto o wartości „0” (definicję ceny zawiera ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178).

W tym postępowaniu złożono 4 oferty, co wynika z protokołu otwarcia ofert:

Lp.	Wykonawca	Wartość brutto w PLN/%
1.	Polska Agencja Rozwoju Eksportu sp. z o.o.:	1 884 320,64
2.	M PROMOTION INTERNATIONAL SP. Z O.O. SP. K.:	996.341,10
3.	SUN&MORE SP. Z O.O.:	1 264 000,00
4.	GM Synergy sp. z o.o. sp.k:	1 245 000,00

Wykonawcy w formularzach cenowych podali:

Poz. 1. Polska Agencja Rozwoju Eksportu sp. z o.o.: (...)

1.**SKŁADAMY OFERTĘ** na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia za cenę łączną (wszystkie misje) 1 884 320,64 zł brutto, wynikającą z poniższego zestawienia:

	Cena netto w zł	Kwota VAT w zł	Wartość brutto w zł
Misja 1 (sektor budowlany)	228 084	52459,32	280543,32
Misja 2 (sektor meblowy)	226284	52045,32	278329,32
-Misja 3 (sektor kosmetyczny)	272 940	62776,20	335716,20
Misja 4 (sektor spożywczy)	275 340	63328,20	338668,20
Misja 5 (sektor medyczny, w tym medtech i medycyna turystyczna)	178 428	41038,44	219466,44
Misja 6 (sektor wydobywczy)	176 064	40494,72	216558,72
Misja 7 (sektor IT, gaming, fintech)	174 828	40210,44	215038,44

RAZEM

1531 968

352352,64

1884320,64

Poz. 2 M PROMOTION INTERNATIONAL SP. Z O.O. SP. K.:

SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia za cenę łączną (wszystkie misje) 996.341,10 zł brutto, wynikającą z poniższego zestawienia:

	Cena netto w zł	Kwota VAT w zł	Wartość brutto w zł
Misja 1 (sektor budowlany)	140 387,00 zł	24 290,10 zł	164 677,10 zł
Misja 2 (sektor meblowy)	140 387,00 zł	24 290,10 zł	164 677,10 zł
- Misja 3 (sektor kosmetyczny)	120 484,00 zł	21 873,00 zł	142 357,00 zł
Misja 4 (sektor spożywczy)	155 090,00 zł	25 511,20 zł	180 601,20 zł
Misja 5 (sektor medyczny, w tym medtech i medycyna turystyczna)	155 090,00 zł	25 511,20 zł	180 601,20 zł
Misja 6 (sektor wydobywczy)	109 551,00 zł	20 251,50 zł	129 802,50 zł
Misja 7 (sektor IT, gaming, fintech)	104 884,00 zł	37 473,00 zł	142 357,00 zł
RAZEM	925 873,00 zł	179 200,10 zł	1 105 073,10 zł

KIO stwierdza, że Zamawiający w odniesieniu do oferty poz. 2 wykonawcy M Promotion – na podstawie art. 223 ust.2 pkt 2 Pzp (pismo z dnia 6/06/23) poprawił omyłkę w ofercie tego wykonawcy ustalając – jak w formularzu - cenę oferty na wartość brutto 1 105 073,10 zł, która to okoliczność w odwołaniu nie jest kwestionowana.

Poz. 3 SUN&MORE SP. Z O.O.:

1.SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia za cenę łączną (wszystkie misje) 1264000,00 zł brutto, wynikającą z poniższego zestawienia:

	Cena netto w zł	Kwota VAT w zł	Wartość brutto w zł
Misja 1 (sektor budowlany)	168000,00	–	168000,00
Misja 2 (sektor meblowy)	187000,00	–	187000,00
- Misja 3 (sektor kosmetyczny)	150000,00	–	150000,00
Misja 4 (sektor spożywczy)	228000,00	–	228000,00
Misja 5 (sektor medyczny, w tym medtech i medycyna turystyczna)	217000,00	–	217000,00
Misja 6 (sektor wydobywczy)	159000,00	–	159000,00
Misja 7 (sektor IT, gaming, fintech)	155000,00	–	155000,00
RAZEM	1264000,00	–	1264000,00

* marża 23% - procedura marży dla biur podróży

** art. 119 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług

Poz. 4 GmSynergy sp. z o.o. sp.k:

1.SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia za cenę łączną (wszystkie misje) jeden milion dwieście czterdzieści pięć tysięcy zł brutto, wynikającą z poniższego zestawienia:

	Cena netto w zł	Kwota VAT w zł	Wartość brutto w zł
Misja 1 (sektor budowlany)	-	Vat marża	185.000
Misja 2 (sektor meblowy)	-	Vat marża	185.000
Misja 3 (sektor kosmetyczny)	-	Vat marża	165.000
Misja 4 (sektor spożywczy)	-	Vat marża	190.000
Misja 5 (sektor medyczny, w tym medtech i medycyna turystyczna)	-	Vat marża	190.000
Misja 6 (sektor wydobywczy)	-	Vat marża	170.000

Misja 7 (sektor IT, gaming, fintech)	-	Vat marża	160.000
RAZEM	-	Vat marża	1.245.000

W piśmie z dnia 13/06/2023 r. wykonawca M PROMOTION (poz. 2) został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w którym podano: (...) Zamawiający - działając na podstawie art. 223 ust.1 ustawy Pzp, zwraca się do Państwa o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Proszę o udzielenie wyjaśnień dotyczących następujących kwestii. W złożonej przez Państwa ofercie w Formularzu ofertowym w szczegółowej tabeli dla 7 misji wpisali państwo konkretne wartości VAT. Zamawiający po sprawdzeniu obliczeń matematycznych kwoty VAT stwierdził, że wartości podane w kolumnie „Kwota VAT w zł” odpowiadają stawce VAT zgodnie z poniższym:

Misja 1 i 2 – około 17,3 % wartości netto;

Misja 3 – około 18,1 % wartości netto;

Misja 4 i 5 – około 16,45 % wartości netto; Misja 6 – około 18,49 % wartości netto;

Misja 7 – około 35,7 % wartości netto.

Zamawiający w formularzu ofertowym wskazał sposób obliczenia oferty poprzez podanie „ceny netto w zł”, „kwoty Vat w zł”, „wartości brutto w zł” oraz, wskazał obowiązek

„ ** Wykonawca zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku.”.

Wykonawca w formularzu ofertowym nigdzie nie wskazał podstawy zastosowania innej stawki VAT niż 23%, a rozbieżności wynikające z obliczeń matematycznych nie korespondują z obowiązującymi stawkami VAT w ustawie z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług (...). W związku z powyższym, Zamawiający wnoszą o przedstawienie wyjaśnień w zakresie zastosowania oraz wyliczenia wartości stawki VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi”. Dalej zawarł pouczenie o treści: „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.(...)”

Wykonawca w odpowiedzi (pismo z dnia 16/06/2023) podał: „W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2023 r. wzywające do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, Wykonawca niniejszym informuje, że ceny netto i kwoty VAT przedstawione w formularzu ofertowym zostały przeniesione z arkusza kalkulacyjnego, w którym zastosowano błędną formułę. W formularzu ofertowym ceny brutto zostały wskazane w sposób prawidłowy natomiast podstawowa stawka VAT 23%, mająca zastosowanie w odniesieniu do Wykonawcy, została mylnie obliczona w arkuszu kalkulacyjnym. W konsekwencji również „cena netto w zł” stanowiąca różnicę wartości brutto i kwoty VAT została omyłkowo obliczona. Wyjaśniamy, iż zgodnie z wolą Wykonawcy zastosowanie ma stawka podstawowa VAT wynosząca 23%. W związku z tym, z zastosowaniem podstawowej stawki VAT 23% prawidłowe wartości w formularzu ofertowym przedstawia poniższe zestawienie:

	Cena netto w zł	Kwota VAT w zł	Wartość brutto w zł
Misja 1 (sektor budowlany)	133 883,82 zł	30 793,28 zł	164 677,10 zł
Misja 2 (sektor meblowy)	133 883,82 zł	30 793,28 zł	164 677,10 zł
- Misja 3 (sektor kosmetyczny)	115 737,40 zł	26 619,60 zł	142 357,00 zł
Misja 4 (sektor spożywczy)	146 830,24 zł	33 770,96 zł	180 601,20 zł
Misja 5 (sektor medyczny, w tym medtech i medycyna turystyczna)	146 830,24 zł	33 770,96 zł	180 601,20 zł
Misja 6 (sektor wydobywczy)	105 530,49 zł	24 272,01 zł	129 802,50 zł
Misja 7 (sektor IT, gaming, fintech)	115 737,40 zł	26 619,60 zł	142 357,00 zł
RAZEM	898 433,41 zł	206 639,69 zł	1 105 073,10 zł

Powyższe potwierdza fakt, iż w formularzu ofertowym Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek wskazania podstawy prawnej zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku.

** Wykonawca zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku. Zamawiający odrzucił oferty, w których Wykonawcy zaoferują ceny netto o wartości „0” (definicję ceny zawiera ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178)

Wykonawca nie wskazał żadnej podstawy prawnej dla stawki podatkowej co zgodnie ze sposobem obliczania ceny określonym przez Zamawiającego oznaczało, iż kwota VAT odnosiła się do stawki podstawowej wynoszącej 23% i o stawkę w tej wysokości chodziło Wykonawcy. Powyższe jednoznacznie potwierdza, iż nieprawidłowe obliczenie w formularzu ofertowym „kwoty VAT w zł” i „ceny netto w zł” ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej. Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28.02.2023 r. (KIO 414/23) „Ustawa p.z.p. nie posługuje się pojęciem błąd rachunkowy, ale oczywista omyłka rachunkowa. Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu.(...) Omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia. Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 p.z.p. ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie ani też ich istotność.”

Dalej wskazał na wyrok KIO 2923/22 cyt.: (...) dla zastosowania podstawy z art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga zatem stwierdzenia, iż odmiennosć sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego stanu faktycznego, będących podstawą dokonywanej kalkulacji w świetle dokumentów zamówienia”.

W konkluzji stwierdził: „Przenosząc powyższe do niniejszej sprawy, należy podkreślić, że zaofferowana cena przez Wykonawcę (tj. wartość brutto), zarówno w ujęciu jednostkowym i globalnym, jest ceną niezmienną i od początku poprawną. Wykonawca nie określił podstawy prawnej dla zastosowania innej niż podstawowa stawka VAT, a zgodnie z pouczeniem w SWZ w takiej sytuacji jest oczywiste, iż zastosowanie znajdzie stawka podstawowa. Dlatego w ocenie Wykonawcy ww. niezgodność ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej i na jej poprawienie zgodnie z powyższą tabelą Wykonawca wyraża zgodę”.

Niewątpliwie - zgodnie z tabelą (kolumna 3) - Zamawiający wymagał wskazania kwoty podatku VAT a zgodnie z opisem pod tabelą (ozn. **) wykonawca zobowiązany był podać podstawę prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku. W istocie wykonawca M Promotion nie wskazał żadnej podstawy prawnej dla stawki podatkowej, których kwoty nie odpowiadały ani stawce 23 % ani tym bardziej zwolnieniu z podatku. Według ustawy o VAT zwolnienie może być przedmiotowe (art. 47 ustawy o VAT) albo podmiotowe (art. 113 ustawy o VAT). Tym samym Zamawiający w tym stanie faktycznym miał podstawę do wezwania wykonawcy o wyjaśnienie jaka kwota podatku VAT – i na jakiej podstawie – została w tym formularzu zastosowana. W odpowiedzi wykonawca podał, że ceny netto i kwoty VAT przedstawione w formularzu ofertowym zostały przeniesione z arkusza kalkulacyjnego, w którym zastosowano błędną formułę, co spowodowało, że cena netto w zł stanowiąca różnicę wartości brutto i kwoty VAT została omyłkowo obliczona, z uwagi na to że podstawowa stawka VAT 23%, mająca zastosowanie w odniesieniu do wykonawcy, została mylnie obliczona w arkuszu kalkulacyjnym. Podkreślił jednocześnie, że w formularzu ofertowym ceny brutto zostały wskazane w sposób prawidłowy, co potwierdził przedstawiając nowe wartości dla netto i kwoty podatku, pozostawiając bez zmian ceny brutto za każdą z misji i cenę brutto łączną.

Uwzględniając ustalenia, że:

- 1) zaofferowana cena brutto przez wykonawcę, zarówno w ujęciu jednostkowym i globalnym, była ceną niezmienną i niekwestionowaną co do wysokości;
- 2) wykonawca nie określił podstawy prawnej dla zastosowania innej niż podstawowa stawka VAT, a z pouczenia w SWZ można wnioskować zastosowanie stawki podstawowej;
- 3) wskazane wartości w dwóch kolumnach - jak wykonawca wyjaśniał - wynikały z błędnej operacji rachunkowej na liczbach co wynikało z zastosowania niewłaściwego arkusza kalkulacyjnego;
- 4) według SWZ, w tym jej załącznik Projektu umowy- dla oceny oferty (według kryterium z punktu XXII.2 1.) oraz dla rozliczania m.in. wynagrodzenia, ustalenia zabezpieczenia i kar – znaczenie miała wyłącznie – co podkreślał Zamawiający w toku rozprawy - cena brutto;

- Izba zgodziła się z twierdzeniami Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy, że taka niezgodność w prezentowaniu stawki podatku VAT i jej konsekwencje dla podanej w tabeli kwoty netto mogła zostać uznana, że ma ona charakter oczywistej omyłki rachunkowej, na której poprawienie wykonawca przedkładając tabelę wyraził zgodę.

Izba za orzecznictwem stwierdza, że na gruncie ustawy Pzpza oczywistą omyłkę rachunkową można uznać omyłkę wynikającą z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Ma ona charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, którą to cechę można przypisywać omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, może być fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy takiej omyłki rachunkowej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp ich istotność. W tej sprawie Izba miała na uwadze, że Zamawiający w istocie nie dokonał operacyjnego poprawienia w formularzu oferty wykonawcy tych omyłek zakwalifikowanych jako oczywiste omyłki rachunkowe po uzyskaniu wyjaśnień od Przystępującego, jednakże czynność ta nie ma znaczenia dla prawidłowości przebiegu postępowania, kwota brutto oferty pozostała bowiem bez żadnej zmiany i jak sam Zamawiający słusznie zauważył „Zaniechanie polegające na operacyjnym nie poprawieniu formularza oferty w zakresie popełnionych przez Przystępującego omyłek pisarskich będzie postrzegane przez pryzmat staranności w prowadzeniu postępowania”. Natomiast w stanie faktycznym nie może implikować sankcji w postaci odrzucenia oferty Przystępującego, albowiem ta czynność jest skutkiem braku staranności w działaniach Zamawiającego, a nie wynikiem czynności wykonawcy.

Tym samym zarzuty skierowane wobec oferty Przystępującego podlegają oddaleniu.

W odniesieniu do oferty Odwołującego, Izba uwzględniając także konkurencyjne oferty w szczególności Przystępującego i wykonawcy SUN&MORE SP. Z O.O. uznała, że wykonawca ma prawo twierdzić, że jego oferta nie była oceniana zgodnie z regułami art. 16 ust.1 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi bowiem:

„Art. 16. 1. „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (...)

Zamawiający w piśmie z dnia 20/07/2023 r. (p.n. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty) w punkcie I pisma podał: (...) Wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w części XXII SWZ zgodnie z poniższym: Wybrana została oferta złożona przez: firma (nazwa) wykonawcy: M PROMOTION INTERNATIONAL SP. Z O.O. SP. K adres (siedziba) wykonawcy: (...), z ceną wykonania przedmiotu zamówienia i wysokości 1 105 073,10 zł brutto.

Zamawiający przedstawia poniżej punktację przyznaną złożonym ofertom w każdym kryterium oceny ofert oraz łączną punktację:

L.P.	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Liczba punktów przyznanych ofercie w kryterium: cena (60%)	Liczba punktów przyznanych ofercie w kryterium: „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” (40%)	Suma punktów
------	---------------------------------	--	--	--------------

1.	Polska Agencja Rozwoju Eksportu sp. z o.o.:	35,16	20	20	75,19
2.	M PROMOTION INTERNATIONAL SP. Z O.O. SP. K.:	60	20	20	100
3.	SUN&MORE SP. Z O.O.:	52,46	8	20	80,46
4.	Gmsynergy sp.z o.o. sp.k.:	Oferta odrzucona.			

W zakresie dot. odrzucenia oferty Odwołującego w punkcie II pisma w uzasadnieniu faktycznym podał: (...)Wykonawca w złożonej ofercie, w formularzu ofertowym w kolumnie „ceny netto w zł” wpisał dwie kreski w polach dla wszystkich 7 misji branżowych oraz w kolumnie „Vat w zł” Wykonawca wpisał „VAT marża”. Wykonawca zobligowany był do podania wartości netto dla każdej z 7 misji branżowych w kolumnie „Cena netto w zł”. Wykonawca wpisując kreski w każdej z 7 pozycji misji branżowych nie wywiązał się z obligatoryjnego obowiązku wskazania wartości netto w zł. Powyższe było wymogiem koniecznym w formularzu ofertowym będącym załącznikiem nr 1 do SWZ w przedmiotowym postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę należy także zwrócić uwagę na informację zawartą w Formularzu ofertowym o następującej treści: „Zamawiający odrzuci oferty, w których Wykonawcy zaoferują ceny netto o wartości „0” (definicję ceny zawiera ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178).” Na potwierdzenie powyższego Zamawiający wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem KIO: „Izba podzieliła argumentację zamawiającego i uznała, że niewpisanie przez wykonawcę w formularzu cenowym wszystkich cen jednostkowych netto nie mieści się w dyspozycji powołanego wyżej przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p i nie można tej sytuacji uznać za „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”. Za decydującą dla takiej oceny Izba uznała treść SIWZ. W przedmiotowej sprawie zamawiający wyraźnie wymagał od wykonawców, aby złożyli oferty zawierające wskazanie wartości netto poszczególnych produktów. Tyle że wymaganie przez zamawiających cen netto i brutto jest zwyczajną praktyką rynkową ułatwiającą ustalenie poprawności obliczenia ceny, a nie jakimś szczególnym wymogiem dotyczącym przedmiotu oferty” – (wyrok z 6 lipca 2020 r. KIO 973/20).

Kolejnym aspektem jest wpisanie w kolumnie „Vat w zł” w formularzu ofertowym przez Wykonawcę informacji wyrażonej stwierdzeniem „VAT marża”. Podana informacja „Vat marża” jest określeniem sposobu rozliczenia stawki podatku Vat, a nie stawkę podatku VAT, której podania wymagał Zamawiający. „VAT marża” nie jest bowiem stawką podatku VAT. Wykonawca nie wskazał wymaganej przez Zamawiającego stawki podatku VAT tylko sposób rozliczenia podatku VAT. Błąd w określeniu prawidłowej stawki podatku VAT stanowi więc błąd w obliczeniu ceny i skutkować powinien odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p – (wyrok z dnia 25 listopada 2014 r., KIO 2294/14.). Zamawiający w SWZ nie wskazał stawki podatku VAT, która powinna być zastosowana, natomiast w Formularzu ofertowym wskazał, że: „** Wykonawca zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług (VAT) innej niż stawka podstawowa lub zwolnienia z ww. podatku. Zamawiający odrzuci oferty, w których Wykonawcy zaoferują ceny netto o wartości „0” (definicję ceny zawiera ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178).”

Zamawiający uznał, jak podał, że oferta Wykonawcy – Gmsynergy sp. z o.o. sp.k., jest niezgodna z treścią warunków zamówienia i tym samym należy ją odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp i podał: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...): 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

Z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że jest ona skutkiem ustalenia, że wykonawca w ofercie, w formularzu ofertowym: a) w kolumnie „ceny netto w zł” wpisał dwie kreski w polach dla wszystkich 7 misji branżowych oraz b) w kolumnie „Vat w zł” wykonawca wpisał „VAT marża”.

Odnosnie pierwszej okoliczności Zamawiający wskazał, że wykonawca wpisując kreski w każdej z 7 pozycji misji branżowych nie wywiązał się z obligatoryjnego obowiązku wskazania wartości netto w zł i powołał się na informację zawartą w Formularzu ofertowym o treści: „Zamawiający odrzuci oferty, w których Wykonawcy zaoferują ceny netto o wartości „0” (definicję ceny zawiera ustawa .. o informowaniu o cenach towarów i usług (...)).” Odnosnie drugiej okoliczności, wskazał że w miejsce kwoty VAT w zł zawarto adnotację „VAT marża”.

Izba stwierdza przede wszystkim, że w formularzu – jak wynika z tabeli - nie zostały (jak twierdzi zamawiający) wskazane ceny netto o wartości „0 zł” a kreski, które nie są odpowiednikiem ceny i jej wartości określonej na „0,00” zł. Myślnik (kreska) jest znakiem – symbolem - interpunkcyjnym a „0” jest to element neutralny – najmniejsza nieujemna liczba. Ponadto z zestawienia ofert wynika, że także wykonawca Sun&More zastosował kwestionowaną przez Zamawiającego – jak podał w odpowiedzi na odwołanie - procedurę VAT marża. Ten wykonawca w kolumnie „kwota VAT w zł” wpisał znak myślnika (-) a w opisie pod tabelą podał:

* 23% - procedura marży dla biur podróży

** art. 119 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług

Podana informacja „Vat marża” do której odwołał się także Odwołujący jest niewątpliwie określeniem sposobu rozliczenia stawki podatku Vat, a nie stawką podatku VAT, której podania wymagał Zamawiający, jednakże – wobec twierdzeń, że kluczowa dla tego zamówienia – oceny wg kryterium i prowadzonych rozliczeń na etapie wykonywania umowy jest wartość brutto (cena brutto) i braku zastrzeżeń w kontekście wysokości ceny, Zamawiający, analogicznie – jak w przypadku Przystępującego – powinien zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, których wynik mógłby ewentualnie – ale niekoniecznie - powodować sankcję odrzucenia oferty wykonawcy. Wykonawca bowiem – podobnie jak wskazany powyżej Sun&More, którego oferta nie podlegała odrzuceniu - określił sposób rozliczenia podatku VAT (wg procedury VAT marża) i nie wskazał na VAT netto w zł w kwocie „0,00 zł”. Tym samym wskazywane ustalenia nie pozwalały Zamawiającemu na zastosowanie w dniu 20/07/23 sankcji odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 10 Pzp bez uprzedniej procedury wyjaśnień, tym bardziej że - jak już Izba wskazywała – zarówno cena brutto jak i ceny jednostkowe brutto nie były podważane a jak twierdził Zamawiający – i co znajduje oparcie w dokumentacji – ceny te miały kluczowe znaczenie dla oceny ofert i są kluczowe dla rozliczeń na etapie realizacji zamówienia. Izba miała na uwadze stanowisko z odpowiedzi na odwołanie, że kwalifikacja tej usługi przez Odwołującego jest nieprawidłowa, jednakże ta procedura w ofercie Sun&More (co Izba także wskazała) nie była przez wobec oferty tego wykonawcy

kwestionowana.

Reasumując Izba uznała, że w świetle powyższych ustaleń w odniesieniu do oferty Odwołującego, podobnie jak w przypadku oferty Przystępującego, możliwe było wyjaśnienie spornych kwestii. Nie zastosowanie tej procedury, co do jego formularza cenowego w części zamieszczonej tabeli powoduje, że decyzja Zamawiającego z dnia 20/07/23 o odrzuceniu oferty Odwołującego została podjęta z naruszeniem art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

... Jednakże pomimo zasadności tego zarzutu odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na zastosowanie w tej sprawie zasady określonej wskazanym art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp Stosownie do postanowień wskazanego art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp:

„1. Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;(...)

Ostatni z rozpoznawanych zarzutów, dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo jego zasadności z uwagi na wskazane okoliczności, nie ma wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym na rozstrzygnięcie Izby w tej sprawie co do meritum. Jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu została uznana oferta wykonawcy M Promotion i wobec tej oferty podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba uznała za niezasadne. Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z oczywistych względów podlega oddaleniu albowiem dotyczy on bezpodstawnego dokonania wyboru oferty wykonawcy „M PROMOTION” w sytuacji gdy – jak ustaliła Izba – oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu To powoduje, że z uwagi na regułę z art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie podlega oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania w połowie (50%) Zamawiającego i Odwołującego, w związku z tym, że zasadne były zarzuty wobec oferty Odwołującego, które tylko w związku z regułą z art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp nie mogły powodować uwzględnienia odwołania. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....