

Gdańsk, 25 kwietnia 2024 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

SPB CONTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, adres: ul. Opata Jacka Rybińskiego nr 24, 80--320 Gdańsk, zarejestrowaną w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy Gdańsk - Północ w Gdańsku VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000732319, NIP: 584-277-27-34, o kapitale zakładowym w kwocie 60 000,00 PLN, **którą reprezentuje: Tomasz Kuchta - Prezes Zarządu**, adres: ul. Opata Jacka Rybińskiego nr 24, 80--320 Gdańsk (umocowanie ustalone na podstawie aktualnego odpisu z KRS – stanowiącego **załącznik nr 1** do niniejszego Odwołania)

Zamawiający:

Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP, Al. Niepodległości 778, 81-805 Sopot; REGON: 19050654500000, NIP: 5851483030, **reprezentowany przez Dyrektora Caritas Archidiecezji Gdańskiej - Janusza Marka Steć**

dot. zapytania ofertowego nr 1/ZO/2024/RB dot. projektu pn.: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z drogą wewnętrzną, placami i parkingiem na nieruchomości przy Trakcie Św. Wojciecha w Gdańsku, działka nr 26/6, obręb 310” (ewentualnie: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z zagospodarowaniem terenu”) - opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego: www.caritas.gda.pl

wpis: 10 000 zł, dowód uiszczenia w załączeniu

ODWOŁANIE



Działając imieniem Odwołującego niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1-3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”) wnoszę odwołanie od:

 1

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

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów Pzp:

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

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

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

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania i:
 - 1) nakazanie Zamawiającemu - Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP - unieważnienia czynności wyboru w dniu 22 kwietnia 2024 r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o.;
 - 2) nakazanie Zamawiającemu - Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP odrzucenia oferty Wykonawcy - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny brutto;
 - 3) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty SPB Contech Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;
3. ponadto, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:



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

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

Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, oświadczam, iż niniejsze odwołanie zostało przesłane Zamawiającemu drogą e-mail, na dowód czego składam w załączeniu potwierdzenie.

Jednocześnie nadmieniam, że prawidłowe oznaczenie zapytania ofertowego to 1/ZO/2024/RB, wszelkie odmienności w niniejszym odwołaniu stanowią powielenie oznaczenia przyjętego omyłkowo przez Zamawiającego.



UZASADNIENIE

W dniu 18 kwietnia 2024 r. Zamawiający - Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP dokonał wyboru oferty Odwołującego - SPB Contech sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako najkorzystniejszej w postępowaniu o zamówienie publiczne zainicjowane zapytaniem ofertowym nr 1/ZO/2024/RB pn. „Budowa budynku spiżarni Caritas, wraz z drogą wewnętrzną, placami i parkingiem na nieruchomości przy Trakcie Św. Wojciecha w Gdańsku, działka nr 26/6, obręb 310” (także jako: „Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z zagospodarowaniem terenu”). Odwołujący w formularzu ofertowym w odpowiedzi na w/w zapytanie ofertowe określił łączną wartość zamówienia na roboty budowlane na kwotę 8 459 953,64 zł brutto.

Kolejno, w dniu 19 kwietnia 2024 r. Zamawiający za pośrednictwem wiadomości e-mail skierował do Odwołującego „Informację o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty zapytanie ofertowe nr 1/ZO/2022/RB”, wskazując, iż podstawa rzeczowej decyzji wynikała na tle zgłoszenia przez innego z Wykonawców biorących udział w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne informacji, że „jego oferta zawiera omyłkę pisarską w zakresie kwoty ofertowej brutto.” Jak wskazał przy tym Zamawiający: „W ofercie jest kwota brutto 8 690 264,38 zł, a powinno być 8 609 264,38 zł. Omyłkę potwierdza kwota netto na poziomie 6 999 401,93 zł oraz podsumowanie kwot poszczególnych etapów I i II, zawartych w formularzu ofertowym.” W ocenie Zamawiającego: „Powyższa sytuacja może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym zachodzą okoliczności uzasadniające unieważnienie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty.”

W następstwie powyższego Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2024 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o., przy uwzględnieniu jako łącznej ceny zamówienia brutto „skorygowanej” po zgłoszeniu powyższego jako rzekomej omyłki pisarskiej ze strony Wykonawcy.

Z decyzją Zamawiającego, odnoszącą daleko idące skutki w zakresie w/w postępowania i interesów majątkowych uczestników tegoż, w szczególności Odwołującego, nie sposób się zgodzić, albowiem oparta została na dalece błędnym założeniu, skutkującym nieuprawnioną konstatacją o możliwości wpływu tegoż na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Na wstępie należy z całą mocą zakwestionować dowolne i jednostronne odstępianie od Zamawiającego od stosowania przepisów Pzp, które to działanie w realiach realizacji przedmiotowej inwestycji nie leży w granicach uznaniowości Zamawiającego. Zamawiający

pozostaje bowiem zamawiającym publicznym, w sytuacji zaś przekroczenia progów minimalnych w zakresie wartości inwestycji (co niniejszym bez wątpienia zaistniało wobec wartości brutto zamówienia przekraczającej 8 000 000 zł brutto). W nawiązaniu do powyższego godzi się podkreślić, iż zgodnie z art. 4 pkt. 2 i 3 Pzp status zamawiającego publicznego nie zależy od konkretnej inwestycji, lecz od ogólnych zasad finansowania i nadzoru nad zamawiającym. W nawiązaniu do powyższego trzeba zwrócić uwagę, iż na gruncie innych postępowań zamawiający, stanowiący jednostki tożsame do statusu Zamawiającego, tj. różniące się jedynie właściwością miejscową w zakresie prowadzonej działalności, określają się prawidłowo jako zamawiający publiczni.¹ Przy tym na marginesie odnotowania wymaga, iż niniejszym Zamawiający stosunkowo dowolnie i stroniczo sformułował reguły prowadzenia postępowania, podejmując a priori próbę wyłączenia jakiegokolwiek swej odpowiedzialności wobec wykonawców-oferentów, wykluczenia dopuszczalności dochodzenia przeciw niemu jakichkolwiek roszczeń na tle niniejszego postępowania – czego nie sposób więc uznać za wiążące i wywołujące skutki dla wykonawców. W kategoriach tożsamej niedopuszczalnej dowolności godzi się ocenić także i powołaną na wstępie decyzję Zamawiającego o wyłączeniu przepisów Pzp w odniesieniu do przedmiotowego postępowania.

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

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

¹ https://caritas.rzeszow.pl/wordpress/wp-content/uploads/2022/01/siwz_zmieniona.pdf

niniejszym Odwołującemu przysługuje roszczenie odszkodowawcze wobec Zamawiającego, albowiem wybór najkorzystniejszej oferty Odwołującego z dnia na dzień został unieważniony z przyczyn prawnie i faktycznie nie zasługujących na uwzględnienie, ponad co należy mieć na względzie także znacznej wysokości wartość zamówienia.

Ponadto trzeba zwrócić uwagę, iż inwestycja objęta kwestionowanym postępowaniem współfinansowana jest m.in. ze środków KPO, co niesie za sobą stosowne daleko idące rygory po stronie finansowanej instytucji odpowiedzialnej za realizację inwestycji (IOI), jak wynika bowiem z „Wytycznych w zakresie zasady partnerstwa w ramach planu rozwojowego współfinansowanego ze środków Instrumentu na rzecz Odbudowy i Zwiększania Odporności” opublikowanych przez MFiPR:

„4.2.2. Inwestycje

1) IOI zobowiązuje się do:

- a) prowadzenia sprawiedliwej i przejrzystej procedury wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem z KPO poprzez zapewnienie równego dostępu do informacji o warunkach i sposobie wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem z KPO oraz równego traktowania podmiotów wnioskujących o objęcie tym wsparciem – zgodnie z art. 141za ust. 2 UZPPR, oraz
- b) przyjęcia regulaminu wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem i podanie go do publicznej wiadomości, w szczególności na swojej stronie internetowej – zgodnie z art. 141zb ust. 1 UZPPR. 13

(...)

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

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

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

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

Chronologicznie sprawę ujmując, kolejno, z całą mocą sprzeciwić trzeba się uznaniu przez Zamawiającego za Wykonawcą - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o. błędu w cenie łącznej brutto



za zamówienie jako jedynie omyłki pisarskiej, zdejmującej ciężar odpowiedzialności za powyższe z Wykonawcy. W rzeczywistości na gruncie w/w postępowania irrelewantne pozostawały wartości cen netto podawane przez poszczególnych oferentów, albowiem sam Zamawiający w świetle opublikowanych w dniu 8 stycznia 2024 r. przezeń Istotnych warunków zapytania ofertowego wyraźnie wskazał (pkt. VI), iż: „Kryterium oceny ofert są: a. Cena ofertowa rozumiana jako cena brutto całości przedmiotu zamówienia. Cena ofertowa powinna zawierać wszystkie koszty realizacji zamówienia, jakie Zamawiający będzie musiał ponieść. Ocenie podlegać będzie łączna cena brutto obejmująca wszystkie koszty wykonania zamówienia. (...)” Cena netto zatem na gruncie tegoż postępowania nie może stanowić miarodajnego punktu odniesienia do ustalenia prawidłowości ceny brutto, co w konsekwencji obciąża wyłącznie Wykonawcę. W konsekwencji powyższe nie stanowi wady usuwalnej, co uzasadniałoby z kolei podjęcie działań naprawczych przez samego Zamawiającego. Oferenci sporządzając oferty kalkulowali całościową kwotę brutto a kwoty „częstkowe” w tym netto były wynikowe i uwzględniały stawkę podatku VAT obowiązującą na dzień sporządzenia oferty. Ponadto, godzi się podkreślić, iż przy zmianie obowiązującej stawki podatku VAT na każdym etapie realizacji projektu, poczynwszy od procedury wyłonienia wykonawcy poprzez etap realizacji umowy, kwota brutto pozostałaby niezmienną. Ryzyko zmiany stawki podatku VAT obciąża wykonawcę. Niniejszym Zamawiający nie warunkował w żaden sposób zmiany łącznej wartości zamówienia od zmian stawki podatku VAT.

Wbrew przytoczonemu stanowisku Wykonawcy, inkorporowanemu następnie przez Zamawiającego, rzeczony błąd w określonej w ofercie cenie brutto nie stanowi jedynie omyłki pisarskiej, lecz jest to błąd w obliczeniu ceny, wynikający z rażącej niestaranności Wykonawcy i wyłącznie Wykonawcę obciążający. W wyroku z dnia 1 października 2012 r., KIO 1516/12, 1994/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że błąd w obliczeniu ceny „to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Wystąpienie błędu, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. **Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego.** Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.”



Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać przyjęcie i zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT przez wykonawcę, w przypadku, gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie. Niniejszym w zapytaniu ofertowym Zamawiający nie określił stawki podatku VAT, lecz jedynie cenę brutto całego zamówienia.

Jak trafnie wywiodła Krajowa Izba Odwoławcza na kanwie uzasadnienia wyroku z dnia 22 lutego 2021 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 272/21: „Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za **błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT przez wykonawcę, w przypadku, gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie** (patrz: uchwała Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11). W uchwale Sąd Najwyższy wskazał, że „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny; przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert.” W dalszej części Sąd Najwyższy w ww. uchwale podniósł, że „Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku



dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierzonego uchybienia.”” Tak jak w niniejszej sprawie, tak i w w/w „przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił w SIWZ wysokości stawki podatku VAT, którą wykonawcy powinni przyjąć do obliczenia ceny oferty, lecz wymagał określenia i zastosowania prawidłowej stawki VAT samodzielnie przez wykonawców.”

Zatem zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn.akt. III CZP 52/11: „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki”.

Tożsamy do niniejszego stan faktyczny był rozpatrywany przez KIO na gruncie postępowania zakończonego wyrokiem z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1313/20, gdzie KIO ustaliła, iż: „Podana przez odwołującego wartość podatku VAT w kwocie 71 460 zł nie stanowiła wartości żadnej z obowiązujących stawek podatku VAT, obliczonej od podanej przez wykonawcę w ofercie ceny netto, natomiast wartość podatku VAT obliczona wg stawki podstawowej, tj. 23% wynosiła 92 197,80 zł.” Tak jak niniejszym, na gruncie w/w postępowania: „(...) stawka podatku VAT nie została przez zamawiającego określona, co oznacza, że obowiązek przyjęcia prawidłowej stawki podatku VAT i obliczenie wartości tego podatku spoczywał na wykonawcy. W formularzu ofertowym wykonawca miał obowiązek podać cenę jednostkową netto, wartość podatku VAT, cenę jednostkową brutto i wartość brutto.” W konsekwencji w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „nie zachodziła przesłanka oczywistości omyłki, gdyż na podstawie treści oferty nie można ustalić, w jaki sposób powstał



omawiany błąd i dokładnie na czym ten błąd polega, a tym bardziej nie można stwierdzić w sposób oczywisty, że błędna wartość podatku VAT jest wynikiem nieprawidłowo przeprowadzonego działania matematycznego. **Zamawiający nie miał podstaw, aby przyjąć za wykonawcę stawkę podatku VAT, obliczyć jego wartość do obliczenia ceny oferty. Fakt, że w wezwaniu do wyjaśnień zamawiający przedstawił wartość podatku VAT obliczoną przy stawce podstawowej 23% nie oznacza, że czynności tej mógł dokonać za wykonawcę i skorygować wartości podane w ofercie odwołującego.** Podsumowując, wówczas Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „**określenie w ofercie Odwołującego ceny brutto z uwzględnieniem wartości podatku VAT w wysokości nieodpowiadającej prawidłowej stawce tego podatku, stanowi błąd w obliczeniu ceny,** przy czym brak jest przesłanek wystąpienia omyłki, możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp2004.”

Konstatując, na grunt niniejszej sprawy w pełni znaleźć powinna przełożenie konstatacja, iż: „**Jeżeli jednak zamawiający, opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu (...)**” (tak w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11).”

Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp: „**Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)** zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.” Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, nie ma znaczenia czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę. Wystąpienia błędu w obliczeniu ceny nie uchyla nawet obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, niebędące elementem manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, lecz tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawkę tego podatku (zob. wyrok z dnia 2 listopada 2015 r., KIO 2271/15).

W wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1462/15 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Do czasu zawarcia umowy zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, powtarzać czynności nawet w wielu przypadkach nie informując o tym wykonawców”. Zamawiający jest zatem obowiązany unieważnić każdą dokonaną czynność (unieważnić wybór oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy, odrzucenie oferty, a także unieważnić czynność unieważnienia postępowania), jeżeli dokonanie określonej czynności nastąpiło z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Tymczasem przenosząc powyższe



na grunt niniejszej sprawy z całą mocą należy wskazać, iż oferta Wykonawcy - OL-TRANS Hewelt Sp. z o.o. winna zostać odrzucona przez Zamawiającego, natomiast brak jest podstaw do przyjęcia, iż zaniechanie powyższego miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem prawidłowo rzeczona oferta nie została uwzględniona i wybrana przez Zamawiającego. Omawiana wada oferty Wykonawcy jest istotna i nieusuwalna, w tym znaczeniu, iż ani Zamawiający ani w/w Wykonawca nie mogą dokonać konwalidacji tejże oferty w trybie sprostowania rzekomej omyłki pisarskiej.

W konsekwencji powyższego Zamawiający nie pozostawał uprawniony ani do unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ani do następnie wyboru w miejsce Odwołującego oferty Wykonawcy, która winna być odrzucona, co w konsekwencji zamknąć powinno Wykonawcy możliwość udziału w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Wykonawcy nie pozostawała bowiem prawidłowo sformułowana, zawierając niedopuszczalną autokorektę w zakresie obliczenia ceny. Prawidłowo postępując, Zamawiający winien był zakończyć postępowanie zgodnie z trybem przewidzianym w art. 254 Pzp, zawierając z Odwołującym umowę w sprawie zamówienia publicznego, albowiem nie zachodziły wówczas przesłanki ani do unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego ani też do unieważnienia całego postępowania, zaś oferta Wykonawcy już na w/w etapie winna była zostać nieodwołanie odrzucona.

Znamienne pozostaje, iż Zamawiający podwyższył kwotę „przeznaczoną na realizację zamówienia” celem sprostania drugiej w kolejności jeśli chodzi o wysokość ceny łącznej brutto ofercie Wykonawcy. Powyższe rozpatrzone może zostać zarazem w kategoriach nieracjonalnego rozporządzania przez Zamawiającego środkami publicznymi.

Mając powyższe na względzie, wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

za Odwołującego - reprezentant:

załączniki:

1. aktualny odpis z KRS;
2. dowód uiszczenia wpisu;


Prezes Zarządu

Tomasz Kuchta

3. dowód przestania odwołania Zamawiającemu;
4. Informacja z dnia 18 kwietnia 2024 r. o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. Informacja z dnia 19 kwietnia 2024 r. o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty wraz z treścią wiadomości e-mail, którą doręczono Odwołującemu w/w informację
6. Istotne warunki zapytania ofertowego z dnia 8 stycznia 2024 r. dot. zapytania ofertowego nr 1/ZO/2024/RB pn.: „ Budowa budynku spiżarni Caritas wraz z drogą wewnętrzną, placami i parkingiem na nieruchomości przy Trakcie Św. Wojciecha w Gdańsku, działka nr 26/6, obręb 310”;
7. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Zapytanie ofertowe nr 1/ZO/2022/RB z dnia 22 kwietnia 2024 r.

Do wiadomości:

- **Caritas Archidiecezji Gdańskiej OPP**, Al. Niepodległości 778, 81-805 Sopot;



