

Sygn. akt: KIO 2188/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 7 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2018r. przez **wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zachodniopomorski Uniwersytet Techniczny w Szczecinie, Al. Piastów 17**

**postanawia:**

**1. Umorzyć postępowanie,**

- 1.1.** Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego wykonanie systemu sieci bezprzewodowej WiFi w domach studenckich ZUT w Szczecinie jako „zaprojektuj i wybuduj” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 września 2018r. za numerem 622179-N-2018.

W dniu 19 października 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TENET T. J. z siedzibą w Szczecinie, ul. Wawelska 1/8 i o odrzuceniu oferty wykonawcy Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi na błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT.

W dniu 24 października 2018r. odwołanie wniósł wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2017r. udzielonego przez urzędujących wówczas członka zarządu i prokurenta, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisie pełnym z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 października 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust.1 pkt. 6 ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, mimo, iż złożona oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, co naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu;

2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez niedokonanie wyboru oferty odwołującego, mimo, iż złożona przez odwołującego oferta w świetle kryteriów wyboru określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniona i wybrana jako oferta najkorzystniejsza, co naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu;

3. naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez T. J. działającego pod firmą TENET T. J. z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „TENET”), jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny (błędna stawka podatku VAT), a tym samym udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TENET

2. powtórzenia czynności oceny oferty odwołującego i TENET;

3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
4. odrzucenie oferty TENET.

Odwołujący wskazał, że jego interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawy przejawia się w tym, że czynności zamawiającego naruszające przepisy ustawy pozbawiały odwołującego możliwości realizacji zamówienia. Uwzględniając wszystkie kryteria oceny ofert, odwołujący złożył w postępowaniu ofertę najkorzystniejszą.

Tym samym odwołujący poniesie szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z wykonaniem zamówienia.

Zamawiający złożył w dniu 5 listopada 2018r. odpowiedź na odwołanie i uwzględnił wynikający zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego i naruszenie tym samym zasady równego traktowania wykonawców i zasadę zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Podzielając argumentację odwołującego przedstawioną w części E uzasadnienia Odwołania (w szczególności przywołane tam orzecznictwo KIO) zamawiający uznał, iż zastosowanie podstawowej stawki podatku VAT jest uprawnieniem wykonawcy i w związku z tym jako takie, ani nie wyczerpuje znamion błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, ani tym bardziej (na co również wskazywało uzasadnienie odrzucenia) nie stanowi czynności nieważnej na podstawie przepisów prawa podatkowego, jako przepisów odrębnych, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy . Zamawiający zobowiązał się unieważnić (anulować) dokonaną przez siebie i zakomunikowaną:

- 1) Zawiadomieniem z dnia 19.10.2018 r. - czynność odrzucenia oferty odwołującego
- 2) Zawiadomieniem z dnia 19.10.2018 r. - czynność wyboru oferty złożonej przez T. J. działającego pod firmą TENET T. J. z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „TENET”), jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu oraz wrócić do etapu badania i oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji uwzględnienia wyżej wskazanego zarzutu odwołania, i tym samym cofnięcia (anulowania) czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz cofnięcia (anulowania) czynności wyboru za ofertę najkorzystniejszą oferty TENET, i powrotu do etapu badania i oceny ofert celem ponownego ich wykonania z uwzględnieniem oferty odwołującego - zamawiający nie uwzględnił pozostałych dwóch zarzutów odwołania, tj.:

- 1) Zarzutu rzekomego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez niedokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej
- 2) Zarzutu rzekomego naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty TENET.

- ponieważ ich uwzględnienie (a tym samym uczynienie zadość wyartykułowanym w odwołaniu żądaniom sformułowanym na podstawie tych zarzutów, tj. żądaniu nakazania zamawiającemu

wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz żądaniu nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty TENET) stanowiłoby działanie:

- co najmniej przedwczesne w kontekście cofnięcia się do etapu ponownego badania i oceny ofert, a tym samym naruszające przez to ustawę, w szczególności przepis jej art. 7 ust. 3 (choćby w kontekście niewykonania w odniesieniu do odwołującego wezwania z art. 26 ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy) oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy (automatyczne odrzucenie oferty TENET bez badania czy w okolicznościach niniejszej sprawy skalkulowana w jej cenie preferencyjna stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny)

- godzące w uprawnienia zamawiającego wynikające konieczności oceny jego zdolności do sfinansowania zamówienia za cenę podaną w ofercie odwołującego w kontekście art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Niewątpliwie, skutek cofnięcia (anulowania) czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz cofnięcia (anulowania) czynności wyboru za ofertę najkorzystniejszą oferty TENET zmianie ulega ranking punktowy ofert w postępowaniu. Oferta firmy TENET uzyskała 60 pkt (wyłącznie za najniższą oferowaną cenę, ponieważ w ofercie tej brak jest deklaracji umożliwiających przyznanie jej punktów w kryteriach „poza cenowych”). Oferta odwołującego oferuje wprawdzie cenę wyższą za wykonanie zamówienia (w stosunku do oferty TENET), niemniej przez deklarowane w niej skrócenie terminu wykonania zamówienia o 15 dni, udzielenie gwarancji na okres 48 miesięcy oraz zobowiązanie się do zapłaty kar umownych, o których mowa w 5 11 ust 1 pkt a) wzoru umowy w wysokości 0,3% oferta odwołującego uzyskuje łącznie 82,60 pkt (62,60 pkt — w ramach kryterium „cena”, 15 pkt — w ramach kryterium „skrócenie terminu wykonania zamówienia”, 10 pkt — w ramach kryterium „okres gwarancji”, 15 pkt — w ramach kryterium „Wysokość kary umownej”) — tym samym staje się ofertą najwyższej ocenioną w świetle kryteriów oceny ofert podanych w dziale XIII SIWZ.

W dniu 6 listopada 2018r. odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa pozostałe, nieuwzględnione zarzuty odwołania tj.:

- 1) Art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez niedokonanie wyboru oferty odwołującego mimo, że złożona przez niego oferta w świetle kryteriów wyboru określonych w SIWZ powinna być oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza, co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, oraz
  - 2) Naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę TENET, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny (błędna stawka podatku VAT), a tym samym udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy
- I wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot uiszczzonego wpisu od odwołania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z możliwym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 186 ust. 3a ustawy stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny podpadający pod wyżej wskazaną normę prawną, to jest zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego i tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu., odwołujący cofnął pozostałe zarzuty. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W tej sytuacji Izba umorzyła postępowania, a zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, przywrócenia do postępowania odrzuconej oferty odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionego zarzutu.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniósła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....