

sygn. akt: **KIO 497/23**

WYROK

z dnia 7 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2023 r. przez wykonawcę **Almax Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie; 21-002 Jastków**; w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Bursa Szkolna nr 6, ul. Okopowa 55a; 01-043 Warszawa**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Almax Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie; 21-002 Jastków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Almax Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie; 21-002 Jastków**, tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Bursa Szkolna nr 6, ul. Okopowa 55a; 01-043 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Sukcesywne dostawy artykułów ogólnospożywczych do Bursy Szkolnej nr 6*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 7 lutego 2023 r., pod nr 2023/BZP 00084509.

Dnia 17 lutego 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 22 lutego 2023 roku, wykonawca Almax Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie; 21-002 Jastków (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegających na: unieważnieniu przedmiotowego postępowania oraz niewybraniu oferty odwołującego mimo, iż pozostała najkorzystniejszą ofertą spośród niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1 i 2 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania mimo braku wystąpienia przesłanek do tej czynności,
2. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez wskazanie przytoczonego przepisu mimo braku przesłanek jego zastosowania,
3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego, ponieważ oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 17 lutego 2023 r. odwołujący otrzymał wiadomość o unieważnieniu przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp - *postępowanie*

obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jako podstawę faktyczną podając: *W przedmiotowym postępowaniu w załączniku nr 1.1. – formularz cenowy Zamawiający wprowadził nieprawidłowe stawki VAT, wobec czego podjęto decyzję o unieważnieniu postępowania.*

Odwołujący poprosił zamawiającego w tym samym dniu o przemyślenie swojej decyzji, gdyż w obecnym stanie prawnym, błędna jest faktyczna podstawa unieważnienia postępowania. Obecnie istnieją instrumenty do tego, by doprowadzić wszystkie oferty do porównywalnej postaci, a następnie do wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisania ważnej umowy. W stanie faktycznym zamawiający w opublikowanym formularzu cenowym wstawił we wszystkich pozycjach stawkę podatku Vat w wysokości 0 procent. W wielu pozycjach jest to stawka błędna, gdyż część produktów objęta jest stawką 8 lub 23 procent – jak wskazał to w swojej ofercie odwołujący. Jednak zamawiający (poprawiając formularz cenowy odwołującego – poprawa innych omyłek, poprawa omyłek rachunkowych) otrzymałby trzy porównywalne oferty. Wszystkie wprowadzicie z błędami w stawce podatku Vat, jednak wszystkie z tymi samymi stawkami. Następnie po wyborze najkorzystniejszej oferty na podstawie §1 ust.1 pkt 1 projektu umowy w powiązaniu z punktem III.11 SWZ istnieje prosta metoda do wprowadzenia właściwych stawek podatku Vat. Należy przy tym zauważyć, że powstała różnica w wynagrodzeniu to około 5 procent wartości umowy – a zatem byłaby to zmiana nieistotna. W związku z brakiem reakcji zamawiającego na propozycję samodzielnego naprawienia własnej decyzji odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego na rzecz zamawiającego kosztami postępowania wg norm prawem przepisanych na podstawie 8 ust. 2 związku z 2 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Zamawiający wskazał, co następuje.

W stanie faktycznym sprawy zamawiający w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1.1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) określił dla każdej z pozycji dotyczących artykułów ogólnospożywczych stawki podatku VAT wynikające z przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (tekst pierwotny: Dz.U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.).

Wykonawcy (z wyjątkiem wykonawcy nr 2,) złożyli wypełniony formularz cenowy zgodny z załącznikiem nr 1.1 do SWZ, zawierający stawki netto dla danej pozycji, stawkę podatku

VAT określoną przez zamawiającego oraz ceny brutto danych artykułów ogólnospożywczych.

Odwołujący jako jedyny w wypełnionym formularzu cenowym dokonał samodzielnej modyfikacji stawki podatku VAT dla poszczególnych artykułów, tj. w pozycjach 2-6, 20, 22-25, 28, 30-31, 48, 51, 61-64, 66-68, 71-73, a w konsekwencji posłużył się przyjętymi przez siebie stawkami tego podatku dla wyliczenia ceny brutto danego artykułu. Pozostali wykonawcy nie dokonali modyfikacji stawek podatku VAT w ww. pozycjach, stosując stawki wskazane przez zamawiającego. Zamawiający na etapie badania ofert dostrzegł, że w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1.1 do SWZ w pozycjach 2-6, 20, 22-25, 28, 30-31, 48, 51, 61-64, 66-68, 71-73, wskazał nieprawidłowe, tj. niezgodne z art. 41 ust. 1 i 2 w związku z art. 146aa ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług w związku z załącznikiem nr 3 do ww. ustawy, stawki podatku VAT dla ww. pozycji artykułów, a jednocześnie zauważył, że odwołujący dokonując samodzielnej modyfikacji ww. stawek podatku VAT w formularzu cenowym wskazał prawidłowo stawki tego podatku. W konsekwencji, wobec dostrzeżenia ww. błędu w dokumentacji postępowania, zamawiający postanowił unieważnić postępowanie w oparciu o przepis art. 255 pkt 6 Pzp. W ocenie zamawiającego takie działanie było nie tylko możliwym, ale wręcz koniecznym na gruncie przepisów Pzp.

Zamawiający wskazał, że złożone przez wykonawców w toku trwającego postępowania oferty są nieporównywalne, ponieważ wykonawcy nr 1 i 3 zastosowali do obliczenia ceny oferty brutto nieprawidłowe stawki podatku VAT, sugerując się tymi jakie błędnie wskazał zamawiający w treści dokumentacji postępowania (formularz cenowy stanowiący załącznik nr 1.1. do SWZ w poz. 2-6, 20, 22-25, 28, 30-31, 48, 51, 61-64, 66-68, 7173). W formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1.1 do SWZ w poz. 2-6, 20, 22-25, 28, 30-31, 48, 51, 61-64, 66-68, 71-73 zamawiający określił 0% stawkę podatku VAT, którą wykonawcy mieli przyjąć do obliczenia ceny oferty brutto. Stawki te okazały się błędne, a część wykonawcy nr 1 i 3 zastosowali błędne stawki z ww. formularza. Odwołujący natomiast w ww. pozycjach wskazał co prawda stawki podatku VAT niezgodne z formularzem cenowym, ale zgodne z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług.

Obowiązkiem zamawiającego jest zweryfikowanie stawek podatku VAT, przyjętych przez wykonawców do obliczenia ceny oferty. Zamawiający musi mieć pewność, która stawka podatku VAT jest prawidłowa. W konsekwencji nie może przyjąć ofert z różnymi stawkami VAT. Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w wyroku z dnia 15 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1966/19) stwierdziła, że „(...) *nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wykonawca zawsze ma prawo zastosować stawkę VAT 23%, zaś możliwość zastosowania stawki VAT 8% to uprawnienie, nie zaś obowiązek wykonawcy. Takie twierdzenie Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w przepisach ustawy o VAT. Ustawodawca w art. 41 ust. 1 i 2 ustawy*

z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, wprowadza regulację dotyczącą stawek VAT. Obowiązkiem zaś podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej stawki VAT. Określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT”.

Zgodnie z przepisem art. 281 ust. 1 pkt 16 Pzp, to na zamawiającym ciążył obowiązek określenia w SWZ sposobu obliczenia ceny, a opis ten był wiążący dla wykonawców. Tylko oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SWZ mogły być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tak też w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. akt III Ca 215/19).

Należy dodać, że zamawiający, po otwarciu ofert, nie mógł dokonać zmiany stawki podatku VAT wskazanej w dokumentach zamówienia, ponieważ zgodnie z art. 286 ust. 1 Pzp, wszelkie zmiany treści SWZ powinny być dokonywane przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie zamawiający nie miał podstaw prawnych do tego, aby poprawić (zmienić) w ofertach u dwóch wykonawców stawek podatku VAT na te prawidłowe, ponieważ tych dwóch wykonawców przyjmując dane stawki podatku VAT kierowało się wiążącymi wytycznymi zamawiającego, zawartymi w dokumentach zamówienia. Nie można więc mówić o zaistnieniu innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, a już na pewno o oczywistej omyłce rachunkowej (art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp). Błędnie zastosowana stawka podatku VAT wskutek wprowadzenia w błąd wykonawców przez zamawiającego co do wysokości tej stawki stanowi wadliwość niepodlegającą poprawieniu, gdyż prowadzi do błędu w obliczeniu ceny, nie stanowi zaś oczywistej omyłki rachunkowej. Ponadto trudno podzielić pogląd odwołującego, że zamawiający mógł w oparciu o przepis art. 223 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp poprawić w ofercie tego wykonawcy zastosowaną prawidłową stawkę podatku VAT na tę błędnie wskazaną przez zamawiającego w dokumentach postępowania, ponieważ byłoby to niezgodne z dyspozycją tego przepisu. Taka zmiana doprowadziłaby do sytuacji, gdy ceny brutto wszystkich ofert zawierałyby cenę brutto obliczoną niezgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Zgodnie bowiem z przepisem art. 3 ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym.

Bazując na uchwałach Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11) orzecznictwo KIO wykształciło pogląd dotyczący weryfikacji stawki podatku VAT. Wynika z niego, że w wypadku wskazania w dokumentach zamówienia stawki podatku VAT, rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert pod tym

kątem i ewentualnego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli zaistniała rozbieżność pomiędzy stawką VAT podaną w ofercie, a wynikającą z dokumentów zamówienia. Inny sposób postępowania byłby wówczas, gdyby zamawiający nie wskazał w dokumentach zamówienia stawki VAT. W takim przypadku, to na wykonawcach spoczywałby obowiązek ustalenia prawidłowej stawki a obowiązkiem zamawiającego byłoby wówczas zweryfikowanie poprawności stawki VAT wskazanej przez wykonawców. Tym samym Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie należytej oceny ofert, w tym również zbadanie oferty pod względem prawidłowości zastosowanej stawki VAT.

Także KIO, w wyroku z 8 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1046/19, KIO 1065/19), potwierdziła, że niedopuszczalnym jest przyjęcie ofert z różnymi stawkami VAT i nie zgodziła się z argumentacją zamawiającego, który twierdził, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania podstawowej stawki podatku VAT zamiast preferencyjnej, na gruncie przepisów ustawy Pzp.

W powyższym wyroku czytamy również, że: *„Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (obecnie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - przyp. zamawiającego) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Należało zatem rozstrzygnąć czy nieprawidłowe określenie stawki podatku VAT w formularzu ofertowym stanowi błąd w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, skutkujący koniecznością odrzucenia oferty”*.

Należy zauważyć, że kwestią tą zajmował się Sąd Najwyższy, który w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt: III CZP 53/11 zawarł tezę, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Nie budzi zatem żadnych wątpliwości Sądu Najwyższego, że przyjęcie przez wykonawcę w cenie oferty niewłaściwej stawki podatku VAT winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, chyba że błędna stawka podatku nadaje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako tzw. inna omyłka. Odnośnie do możliwości poprawienia nieprawidłowej stawki podatku w uzasadnieniu jednej z uchwał wyjaśniono, 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”*.

Tymczasem w stanie faktycznym sprawy zamawiający, mimo iż wskazał w treści dokumentacji zamówienia stawkę podatku VAT, to stawki te zostały wskazane błędnie jako niezgodne z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Jedynie

w przypadku, gdy zamawiający wskaże w specyfikacji warunków zamówienia konkretną (prawidłową) stawkę VAT, kształtującą w ofercie wysokość określonej ceny, dopiero wtedy może dojść do wystąpienia omyłki, o której mowa w 223 ust. 2 pkt 3 Pzp - inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści. Natomiast problemem w stanie faktycznym sprawy było to, że zamawiający podał błędne stawki VAT, a tym samym musiałby poprawić ofertę odwołującego z prawidłową stawką VAT na "nieprawidłową" podaną przez zamawiającego.

Mając na uwadze, że część wykonawców mogła sugerować się przy sporządzaniu ofert (które nie podlegają zmianie po otwarciu ofert) podanymi błędnymi stawkami podatku VAT przez zamawiającego, co jest wadą niemożliwą do usunięcia, w ocenie zamawiającego należało unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Jak podkreślono w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych *„Wada musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności”*.

Na uwagę zasługuje także uchwała z 1 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO/KD 4/19), w której KIO wskazuje, że błędnym jest założenie zamawiającego, że przyjęcie innej stawki VAT nie zmieniałoby wyniku postępowania, gdyż wybór oferty podlegającej odrzuceniu zawsze ma wpływ na wynik postępowania: *„Zamawiający skupiając się na matematycznym aspekcie niższej stawki VAT nie odnosi się do zasadniczej kwestii, jaką jest dopuszczenie do oceny w kryterium oceny, oferty podlegającej odrzuceniu. Oferta ta niezależnie od tego, czy jest najkorzystniejsza nie powinna być wybrana”*.

W zaistniałej sytuacji zamawiający, nie mógł dokonać poprawek w ofertach i doprowadzić ich do zgodności z dokumentami zamówienia. Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a w tym z zastosowaniem tych samych stawek podatku VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Wynika to z zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 16 pkt 1 Pzp. Tym samym niemożliwym był wybór najkorzystniejszej oferty, bez naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dodatkowo wskazanie nieprawidłowej stawki VAT w dokumentach zamówienia, mogło być uznane za działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ zamawiający nie mógł zmieniać SWZ (poprawić błędu) po otwarciu ofert. Również poprawienie omyłek w ofertach musiało odbywać się zgodnie z zasadami wskazanymi w ustawie Pzp (art. 223 Pzp). Ponieważ zamawiający z naruszeniem ustawy udzieliliby zamówienia, umowa zawarta

w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego zamówienia podlegałyby unieważnieniu, zgodnie z art. 457 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, dodatkowo wskazując, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog przesłanek, na podstawie których umowa podlegałaby unieważnieniu został wskazany przez ustawodawcę w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający w treści dokumentów składających się na dokumentację postępowania (SWZ z załącznikami) błędnie wskazał stawkę podatku VAT dla

zamawianych produktów, czym dopuścił się naruszenia art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług oraz ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Zgodnie bowiem z przepisem art. 3 ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym.

Wadliwa czynność zamawiającego doprowadziłaby w efekcie do sytuacji, w której zawarta przez zamawiającego umowa podlegałaby unieważnieniu, gdyż możliwym byłoby stwierdzenie, że zamawiający z naruszeniem ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług oraz ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług, udzielił zamówienia.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 18 lipca 2022 roku, sygn. akt KIO 1623/22 *„Wady OPZ po upływie terminu składania ofert nie mogą podlegać usunięciu. Jeżeli Zamawiający przed upływem tego terminu nie skorygował postanowień OPZ w określonym zakresie, to zasadnie przyjął, iż należało unieważnić postępowanie i umożliwić wykonawcom równe szanse na uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania”*. Podobnie Izba w wyroku z 27 kwietnia 2022 roku, sygn. akt KIO 909/22 *„Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1 tej ustawy stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie ma obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli unieważnia prowadzone postępowanie przetargowe na podstawie art. 255 ust. 6 Prawa Zamówień Publicznych. Stanowisko to potwierdza i wspiera treść art. 253 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych”*.

Izba zwraca uwagę na okoliczność, która nie jest sporna w sprawie, tj. na błąd jaki popełnił zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie, który polega na błędnym określeniu wysokości stawek podatku VAT dla zamawianych produktów. Okoliczności tej na etapie przed składaniem ofert nie sygnalizował żaden z wykonawców.

W ramach procesu składania ofert odwołujący złożył swoją ofertę, w której skorygował błąd zamawiającego, podając prawidłowe stawki podatku VAT. Pozostali wykonawcy złożyli swoje oferty stosując się do wymagań zamawiającego. Już tylko ten fakt stanowi podstawę do uznania nieporównywalności złożonych ofert, które skutkować musiało unieważnieniem przedmiotowego postępowania.

Zgodnie natomiast z wyrokiem SN z 20 października 2011 roku, sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11, w przypadku, gdy zamawiający w dokumentacji postępowania poda stawkę VAT wg. jakiej należy obliczyć cenę ofertową, a wykonawca do tej wytycznej zamawiającego się nie dostosuje, oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Przekładając tezę tego wyroku na stan faktyczny sprawy, w ocenie Izby zachodziła podstawa do odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający, jednakże zrezygnował z wykonania tej czynności podejmując decyzję najdalej idącą, tj. unieważnił postępowanie, która to czynność była prawidłowa. Nie jest bowiem możliwe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy złożone oferty nie dają się obiektywnie porównać. Naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nadto przyjmując czysto hipotetycznie, że zamawiający uprawniony byłby do poprawienia oferty odwołującego, poprzez zmianę stawek podatku VAT do zgodnej z SWZ (z czym Izba się nie zgadza), to zamawiający musiałby wybrać ofertę niezgodną z ustawą, ofertę zawierającą nieprawidłowe stawki podatku VAT. Z mocy prawa czynność taka byłaby nieuprawniona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: