

Sygn. akt: KIO 2513/22

WYROK

z dnia 7 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 6 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 września 2022 roku przez odwołującego **Platon Zarządzenie i Finanse spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Krakowie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), 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

Sąd Apelacyjny w Krakowie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zapewnienie usług konferencyjnych, gastronomicznych i hotelarskich na potrzeby szkolenia sędziów Sądu Apelacyjnego w Krakowie oraz sędziów sądów okręgowych apelacji krakowskiej”, nr postępowania: ZP-26-8/22.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 5 września 2022 r. nr 2022/BZP 00333691/01.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym Platon Zarządzenie i Finanse spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) 26 września 2022 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo że powinna ona zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, przez jego niezastosowanie, pomimo iż oferta wykonawcy Małopolskie Centrum Profilaktyki MCP Włóczykij Sebastian Cienkosz z siedzibą w Krakowie zawiera błąd w obliczeniu ceny,
- 2) następczo, gdy Izba uwzględni zarzut określony w ust. 1, również naruszenie art. 255 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 21 września 2022 r.;

- 2) odrzucenie oferty wykonawcy Małopolskie Centrum Profilaktyki MCP Włóczykij Sebastian z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż oferta ww. wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- 3) następnie, po uwzględnieniu żądania wskazanego w pkt 2), nakazanie zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest on podmiotem który jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że nie kwestionuje faktu słuszności odrzucenia oferty Odwołującego, jednak wskazał, że okoliczność ta nie pozbawia go statusu wykonawcy, a tym samym do dążenia do wyeliminowania z przedmiotowego postępowania oferty wykonawcy, który nie jest uprawniony do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przy czym nieistotne z punktu widzenia przedmiotowego interesu jest, iż w efekcie ewentualnego uwzględnienia przedmiotowego odwołania przez KIO, przedmiotowe postępowanie zostanie unieważnione. Bezsprzeczne jest, iż unieważnienie postępowania w sprawie zamówienia publicznego stanowi interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w kontekście wnioskowanego unieważnienia postępowania, w orzecznictwie Izby dostrzegalna jest obecnie tendencja do szerszego traktowania interesu w uzyskaniu zamówienia, którą należy odnieść do pojęcia „*podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania*” w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 29 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 74/18).

Odwołujący wskazał, że szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia było już przedmiotem orzecznictwa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W motywach 27 i 28 wyroku z dnia 05 kwietnia 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt C-689/13 Puligenica Facility Esco Trybunał uznał, że wykonawcy mogą mieć interes w dążeniu do wykluczenia wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, aby umożliwić sobie ubieganie się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Pogląd ten był już wcześniej prezentowany przez Trybunał w wyroku w sprawie o sygn. akt C-100/12. TSUE stoi na stanowisku, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozumieć jako interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia i nie ma znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to ma interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. Takie podejście Trybunału ma dodatkowe

uzasadnienie w rozwiązaniach przyjętych w dyrektywie 2014/24/UE (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2046/20) .

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania materializuje się tym, iż jest on podmiotem, który był zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, złożył ofertę która wg kryteriów oceny ofert miałyby szanse zostać najwyżej oceniona. Niemniej jednak, w przypadku unieważnienia przedmiotowego postępowania, zgodnie z żądaniem sformułowanym w odwołaniu, Odwołujący bez wątpienia będzie w nim uczestniczył, choćby w z tego powodu, iż przedmiot tegoż zamówienia całkowicie pokrywa się z profilem działalności odwołującego.

Odwołujący argumentował, że powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzeczeniu wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 24 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1609/18. Wówczas KIO powołała się na wyrok TSUE w sprawie o sygn. akt C-689/13. Opierając się na interpretacji Trybunału, KIO uznała iż pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego wyrażonej w art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zdaniem KIO, celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności zamawiającego z prawem *in abstracto*. Jak uznała Izba, opierając się na ugruntowanej linii orzeczniczej, art. 505 ust.1 ustawy Pzp nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby bądź podmiotu wnoszącego środki ochrony prawnej, które zostały wyrażone w tym artykule. W ocenie KIO, konstatacja taka płynie nie tylko z treści przepisu, gdzie mowa wyraźnie o interesie w uzyskaniu zamówienia oraz o szkodzie, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ukierunkowane jest na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego.

Odwołujący podniósł, że gdyby Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, a następnie wszczął kolejne – w identycznym lub zbliżonym przedmiocie i zakresie, wówczas Odwołujący byłby uprawniony do tego aby ofertę w tym postępowaniu złożyć, a oferta ta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co umożliwiłoby odwołującego z jednej strony przedmiot zamówienia zrealizować, a z drugiej strony – osiągnąć zamierzony zysk. Mając na uwadze powyższe bezspornym jest, iż, w świetle przedłożonych zarzutów, interes odwołującego w unieważnieniu zamówienia publicznego pn. *„Zapewnienie usług konferencyjnych, gastronomicznych i hotelarskich na potrzeby szkolenia sędziów Sądu Apelacyjnego w Krakowie oraz sędziów sądów okręgowych apelacji krakowskiej”* (znak sprawy: ZP-26-8/22) doznał uszczerbku.

Jednocześnie Odwołujący argumentował, że Zamawiający naraził go na powstanie szkody, której wysokość jest równa wysokości zysku jaki Odwołujący spodziewa się zrealizować, gdyby dane mu było ponownie ubiegać się o zamówienie publiczne w przypadku jego ponowienia. Powyższe stanowi wystarczające uzasadnienie i przesłankę do złożenia przez Odwołującego niniejszego odwołania. Zamawiający dokonał czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, tj. odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 21 września 2022 r. przesyłając stosowaną informację wraz z uzasadnieniem Odwołującemu oraz zamieszczając informację o tym fakcie na stronie internetowej prowadzonego postępowania, wobec czego 5-dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania został zachowany.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że Zamawiający określając pierwotnie warunki zamówienia wymagał od wykonawców wskazania w treści arkusza cenowego stanowiącego załącznik nr 1a do specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) jedynie wartości brutto. Następnie, w trybie art. 284 ustawy Pzp, w toku udzielania wyjaśnień treści SWZ, odpowiadając, 7 września 2022 r. na pytanie nr 3, Zamawiający zmodyfikował załącznik nr 1a do SWZ, dodając wymagania wskazania stawki podatku od towarów i usług (wyrażonej w procencie). Dodatkowo Zamawiający w treści ww. załącznika dodał następującą informację: *„W przypadku ofert pośredników stosujących w ofercie procedurę VAT marża tj. wystawiających fakturę bez wyszczególnienia kwoty podatku wymagane jest przedstawienie dokumentu PKD potwierdzającego, że działa jako biuro podróży albo jest podmiotem dokonującym takich samych czynności jak biura podróży w ramach innej działalności. Jeśli pośrednik nie spełnia warunków zastosowania procedury VAT marża, która ma charakter obligatoryjny przy spełnieniu tych warunków, zastosowanie mają zasady ogólne. W myśl art. 8 ust. 2a ustawy o VAT, w przypadku, gdy podatnik, działając we własnym imieniu, ale na rzecz osoby trzeciej, bierze udział w świadczeniu usług, należy przyjąć, że ten podatnik sam otrzymał i wyświadczył te usługi.”*

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z art. 119 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2022 r. poz. 931, z późn. zm.), podstawą opodatkowania przy wykonywaniu usług turystyki jest kwota marży pomniejszona o kwotę należnego podatku. Przez marżę, rozumie się różnicę między kwotą, którą ma zapłacić nabywca usługi, a faktycznymi kosztami poniesionymi przez podatnika (wykonawcę) z tytułu nabycia towarów i usług od innych podatników dla bezpośredniej korzyści turysty.

Zatem dla skutecznego, z podatkowego punktu widzenia, zastosowania procedury VAT-marża konieczne jest, nie tylko jak wskazał Zamawiający, działanie jako biuro podróży albo bycie podmiotem dokonującym takich samych czynności jak biura podróży w ramach

innej działalności, lecz jak stanowi przywołany wcześniej przepis art. 119 ust. 1 ustawy o VAT, w pierwszej kolejności konieczne jest wykonywanie usług turystyki.

Odwołujący podkreślił, że samo spełnienie warunku działania jako biuro podróży albo bycie podmiotem dokonującym takich samych czynności jak biura podróży w ramach innej działalności, w oderwaniu od przedmiotu zamówienia (przedmiotu świadczenia) nie upoważnia do zastosowania procedury VAT-marża określonej w art. 119 ust. 1 ustawy o VAT. Jeżeli na chwilę przyjąć tezę przeciwną, to analizując załączoną przez wykonawcę Małopolskie Centrum Profilaktyki MCP Włóczykij Sebastian Cienkosz z siedzibą w Krakowie informację z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, ww. wykonawca byłby uprawniony do stosowania procedury VAT-marża np. przy świadczeniu usług edukacyjnych czy dziennej opieki nad dziećmi. Takie podejście jest zarówno sprzeczne z legalną definicją przedmiotowej procedury, jak i ze zdrowym rozsądkiem.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający jednoznacznie wyłączył w przedmiotowym zamówieniu możliwość stosowania procedury VAT-marża. Odwołujący zwrócił uwagę, iż odpowiadając, w dniu 7 września 2022 r., na pytanie nr 1: *„Czy Zamawiający rozumie toczące się postępowanie jako świadczenie usługi turystycznej tj. przedmiotowe zamówienie obejmuje także działalność w zakresie organizowana imprez turystycznych, o których mowa w ustawie z dnia 24 listopada 2017r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (Dz. U. z 2019, poz. 548, z późn. zm.)?”* jednoznacznie wskazał, iż *„w ocenie Zamawiającego toczące się postępowanie nie obejmuje usług turystycznych ani działalności w zakresie organizowania imprez turystycznych w rozumieniu ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o organizowaniu imprez turystycznych i powiązanych usługach turystycznych.”*. Innymi słowy, zamawiający nie dopuścił możliwości zastosowania procedury VAT-marża która może mieć zastosowanie wyłącznie przy wykonywaniu usług turystyki (por. art. 119 ust. 1 ustawy o VAT).

Odwołujący wskazał, że dla pełnego zobrazowania kontekstu stanowiącego kanwę podniesienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego postanowień art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne jest wskazanie odpowiedzi, jaką zamawiający udzielił 8 września br. na pytanie wskazujące na rozbieżność pomiędzy odpowiedzią na pytanie nr 1 udzieloną 7 września br. a przepisami regulującymi kwestie procedury VAT-marża i treścią arkusza cenowego stanowiącego zmodyfikowany załącznik nr 1a do SWZ. W przedmiotowej odpowiedzi zamawiający jednoznacznie przyznał, iż *„w udzielonych w dniu 07.09.2022 r. odpowiedziach nie wskazał w sposób jednoznacznie określający jakie przepisy będą miały zastosowanie do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ to Wykonawca dokonuje oceny (biorąc pod uwagę rodzaj prowadzonej przez siebie działalności, elementy składające się na przedmiot niniejszego zamówienia oraz*

sposób w jaki zamierza wykonać zamówienie) jakie przepisy prawne (w tym dotyczące podatku od towarów i usług) będą miały zastosowanie.”

W ocenie Odwołującego w treści powyższej odpowiedzi Zamawiający zdaje się przyjmować za własne stanowisko zaprezentowane przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt I SA/Sz 87/20, który stwierdził, że w przypadku podatku od towarów i usług zastosowanie do danej czynności podlegającej opodatkowaniu właściwej jej stawki podatku następuje *ex lege*. To właśnie sąd administracyjny jest upoważniony do orzekania w spornych decyzjach podatkowo-skarbowych, dlatego w tego typu sprawach orzeczenie takie ma fundamentalne znaczenie. Ponadto to konkretna czynność opodatkowana jest wedle właściwej stawki określonej w ustawie, niezależnie od tego, jaką stawkę do opodatkowania danej czynności zastosował podatnik, i niezależnie od tego, co wykazał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, projekcie umowy czy ogłoszeniu o zamówieniu w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego. Odwołujący wskazał, że sąd podzielił pogląd wyrażony w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 października 2018 r., w sprawie o sygn. akt I FSK 1994/16, że to właśnie podatnik jest obowiązany do samodzielnego zaklasyfikowania usług (towarów) oraz do ustalenia i wskazania na fakturze prawidłowej stawki podatku. Podatnik, który chce należycie wywiązać się ze spoczywającego na nim obowiązku i jednocześnie uniknąć negatywnych konsekwencji podatkowych, jeśli ma wątpliwości co do prawidłowej stawki podatku, może wystąpić o wydanie indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego. Bez wpływu na taki obowiązek pozostają okoliczności, że np. zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych w dokumentacji zamówienia wskazuje się stawkę podatku.

Odwołujący wskazał, że nie bez znaczenia dla powyższego jest stanowisko jakie wyraził Minister Finansów, Dyrektor Krajowej Informacji Podatkowej wydanej w dniu 11 kwietnia 2022 r. (sygn. akt 0113-KDIPT1-2.4012.893.2021.2.KW). W treści przedmiotowej interpretacji podatnik zadał pytanie o prawidłowość stosowania procedury VAT-marża określonej w art. 119 ust. 1 ustawy o VAT dla całości zamówienia obejmującego organizację szkoleń, konferencji, eventów, składającego się z objętych jedną umową świadczenia usług noclegowych (hotelarskich), gastronomicznych, wynajmu sal konferencyjnych (wykładowych).

W opinii Dyrektora Krajowej Informacji Podatkowej wyrażonej w ww. interpretacji, sama czynność organizacji konferencji/szkolenia nie stanowi usługi turystyki, co oznacza że podmioty organizujące tego typu imprezy nie korzystają z procedury szczególnej, o której mowa w art. 119 ustawy o VAT. Pomimo tego, że na organizację konferencji/szkolenia składać się będą różne usługi, w tym nabywane od innych podatników dla bezpośredniej korzyści uczestników, takie jak usługi gastronomiczne, nabycie na wynajem Sali

szkoleniowej, bez których świadczona usługa (dana impreza) nie mogłaby się odbyć, to wszystkie te usługi razem będą tworzyć jedną całość, tzw. „pakiet konferencyjny/szkoleniowy” opodatkowany stawką właściwą dla usługi zasadniczej polegającej na organizacji i obsłudze logistycznej konferencji/szkolenia, tj. stawką 23%. Zatem jak wynika z powyższego, zastosowanie w przypadku przedmiotowego zamówienia procedury VAT-marża została uznana przez Dyrektora Krajowej Informacji Podatkowej za nieprawidłową.

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego wykonawca Małopolskie Centrum Profilaktyki MCP Włóczykij Sebastian Cienkosz z siedzibą w Krakowie, oferując świadczenie usług noclegowych (hotelarskich) wymienionych w pkt 1 arkusza cenowego, usług gastronomicznych wymienionych w pkt 2 arkusza cenowego, usługi wynajęcia sali konferencyjnej wymienionej w pkt 3 arkusza cenowego, a także usługi obejmującej zapewnienie oprawy muzycznej wymienionych w pkt 4 arkusza cenowego, zastosował błędny sposób naliczenia podatku od towarów i usług, a więc przedmiotowa oferta obarczona jest błędem w obliczeniu ceny.

Odwołujący wskazał, że błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. W uchwale z dnia 06 marca 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 25/12) zwrócono uwagę, że *„o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji.”*

Odwołujący podniósł, że stanowisko to znajduje swoje uzasadnienie m.in. w treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11), w której SN orzekł, iż o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić tylko wtedy, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców z zachowaniem tych samych reguł. Tak samo wypowiada się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. podkreślając, że w przypadku stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty. Zdaniem Izby ustawodawca nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty oraz nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Należy zatem uznać, że 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 (choć pojawiały się też orzeczenia akceptujące zastosowanie stawki podstawowej w miejsce obniżonej).

Odwołujący przywołać również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 760/21), z którego wynika, iż jeżeli jednak zamawiający opisując w dokumentacji zamówienia sposób obliczenia ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT (przypp.: a jak wynika z odpowiedzi udzielonej w dniu 8 września br. – nie zawarł), wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Jeśli więc poprawienie takowego błędu nie jest możliwe, to powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Jak zatem wykazano, skoro oferta wykonawcy Małopolskie Centrum Profilaktyki MCP Włóczykij Sebastian Cienkosz z siedzibą w Krakowie została złożona z naruszeniem przepisów tyczących się podatku od towarów i usług, to jedynym działaniem Zamawiającego winno być odrzucenie takiej oferty, a nie jej wybór. Dokonanie takiego wyboru stanowi więc naruszenie fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania w sprawie zamówienie publicznego poprzez wybór oferty która winna zostać odrzucona.

W ocenie Odwołującego powyższe działania Zamawiającego świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców, a także o naruszeniu przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, tj. fundamentalnych zasad regulujących sferę udzielania zamówień publicznych.

W złożonej pismem z 5 października 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak po stornie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Rozpatrując odwołanie, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić, czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji po stronie odwołującego, prowadzi do ustalenia niedopuszczalności wniesienia odwołania i skutkuje koniecznością jego oddalenia, gdyż stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych

warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Zatem istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy są warunkami, których spełnienie jest niezbędne do przystąpienia do rozpoznawania odwołania, czyli merytorycznej oceny zarzutów w nim podniesionych. Innymi słowy, zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże po pierwsze interes w uzyskaniu zamówienia, a po drugie możliwość poniesienia szkody.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie złożono dwie oferty. O wyniku postępowania, Zamawiający, zgodnie z treścią art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, równocześnie poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej i o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Informacja ta została przekazana wykonawcom 21 września 2022 r. Jest bezsporne, że oferta Odwołującego, powyższą czynnością Zamawiającego została odrzucona, co wynika zarówno z treści tej czynności, a także przyznał to sam Odwołujący w odwołaniu. Odwołujący nie zakwestionował ww. rozstrzygnięcia tj. nie skorzystał z przysługującego mu prawa do zaskarżenia tej czynności w zakresie w jakim odnosiła się ona do odrzucenia jego oferty. Potwierdził to sam Odwołujący podczas rozprawy.

W związku z powyższym, na dzień rozpoznania przedmiotowej sprawy odwoławczej, oferta Odwołującego została ostatecznie odrzucona z postępowania, wobec czego Odwołujący nie bierze już udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mamy więc do czynienia z sytuacją, gdy wnosząc przedmiotowe odwołanie Odwołujący formalnie był uczestnikiem postępowania, ale w wyniku zaniechania zaskarżenia tej czynności w przewidzianym terminie, na moment rozpoznania tego odwołania ostatecznie utracił status wykonawcy. Oznacza to, że nie zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania, ale jednocześnie nie została również spełniona przesłanka materialnoprawna wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Istotne i przesądzające w przedmiotowej sprawie jest bowiem to, że Odwołujący, w tej sprawie odwoławczej zaskarżył czynność Zamawiającego z 21 września 2022 r. tylko w takim zakresie w jakim odnosiła się ona do wyboru oferty najkorzystniejszej, formułując dodatkowo zarzut naruszenia art. 255 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując tym samym, że odwołanie to zmierza do unieważnienia postępowania oraz formułując w tym zakresie odpowiednie żądanie, a zaniechał jednoczesnego zaskarżenia tej czynności w zakresie w jakim odnosi się ona do odrzucenia jego oferty.

W związku z powyższym, w stanie faktycznym zaistniałym w rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, wymaganej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej 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. W ocenie składu orzekającego na gruncie rozpoznawanej sprawy nie sposób przypisać Odwołującemu, który nie kwestionował odrzucenia swojej oferty, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Skład orzekający w tej sprawie podziela stanowisko odnoszące się do szerokiego rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia jako odnoszące się do „danego zamówienia”, jednak nie oznacza to, że interes taki posiada wykonawca, który nie podejmuje próby obrony swojej oferty, a wniesionym środkiem ochrony prawnej zmierza jedynie do podważenia prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji do unieważnienia konkretnego postępowania o zamówienie. Jak bowiem wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) w przywołanym przez Zamawiającego wyroku wydanym w sprawie C-131/16 Archus et Gama, w sytuacji, gdy w postępowaniu złożono dwie oferty a zamawiający wydał jednocześnie dwie decyzje co do odrzucenia oferty jednego wykonawcy i wyboru jako najkorzystniejszej oferty drugiego wykonawcy, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta i w związku z taką sytuacją zdefiniował pojęcie „danego zamówienia”. Natomiast taka sytuacja nie ma miejsca w tej sprawie odwoławczej, bowiem jak wskazano wcześniej, Odwołujący nie zaskarżył decyzji Zamawiającego w zakresie w jakim odnosi się ona do odrzucenia oferty Odwołującego i jest to istotna okoliczność przesądzająca o utracie interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego.

Wyjaśnić należy, że interes przywołany w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu ochronę określonego wykonawcy, w danym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym będzie mógł uzyskać dane zamówienie. Podkreślić raz jeszcze należy, że działanie Odwołującego, nie jest ukierunkowane na zmianę statusu jego oferty w tym postępowaniu o zamówienie, a na jego unieważnienie. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że posiada obiektywną tzn. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, a tym samym nie wykazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

Znamienne jest również to, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego było zaniechanie zabezpieczenia jej wadium zgodnie z wymogami Zamawiającego, Odwołujący bowiem wniósł wadium po terminie skradania ofert. Odwołujący, co wskazał wprost w treści odwołania, nie kwestionuje zasadności dorzucenia jego oferty. W tym miejscu Izba wskazuje,

że drugim elementem koniecznym do ustalenia dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej jest okoliczność, czy Odwołujący mógł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkada, która co do zasady przyjmuje charakter szkody majątkowej, powinna być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zatem między naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a szkodą powinien istnieć związek przyczynowy. W ocenie Izby, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, nie na skutek niezgodnych z prawem działań Zamawiającego, lecz w wyniku własnej niestaranności nie tylko przy przygotowywaniu oferty – ponieważ wymagane w postępowaniu wadium zostało wniesione po terminie składania ofert, efektem czego było odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp, ale również na skutek niezakwestionowania tej czynności – Odwołujący nie wniósł w tym zakresie odwołania celem weryfikacji prawidłowości decyzji o odrzuceniu jego oferty.

Odnosząc się do powołanych przez Strony zarówno w treści odwołania jak i w odpowiedzi na odwołanie wyroków TSUE, skład orzekający odsyła do stanowiska Izby wyrażonego w wyroku z dnia 17 maja 2018 r. sygn. akt KIO 840/18, gdzie omówiono orzecznictwo TSUE odnoszące się do kwestii legitymacji do wniesienia odwołania. Skład orzekający w tej sprawie przyjmuje to stanowisko za własne: *„W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym nie znajdzie zastosowania pojęcie „danego zamówienia” sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) na gruncie orzeczenia z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama. W przedmiotowym orzeczeniu TSUE wskazał, że pojęcie „danego zamówienia” może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślając jednocześnie okoliczności faktyczne i prawne w jakich zdefiniował to pojęcie, a które są znacząco odmienne od zaistniałych na gruncie niniejszej sprawy. Orzeczenie to zostało wydane bowiem w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, wówczas Trybunał uznał, iż odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta i w związku z taką sytuacją zdefiniował pojęcie „danego zamówienia”. Szeroką wykładnię interesu w uzyskaniu danego zamówienia TSUE przyjął również w wyrokach wydanych w sprawach C-100/12 Fastweb (wyrok z dn. 4 lipca 2013 r.) oraz C-689/13 PFE (wyrok z dn. 5 kwietnia 2016 r.) dotyczących zasad rozpatrywania odwołań wzajemnych, jednakże każdorazowo orzeczenia te dotyczyły podmiotów, wobec których decyzja o wykluczeniu lub odrzuceniu nie była ostateczna – różnicę tę podkreślił TSUE w motywie 33 wyroku z dn. 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich. Powyższe, potwierdza, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozważać w związku z*

sytuacją podmiotu wnoszącego odwołanie, a nie w kontekście działań pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. W orzeczeniach przywołanych powyżej, skutek w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania, stanowił swego rodzaju konsekwencję przyznania legitymacji procesowej każdemu z podmiotów wnoszących odwołanie, a nie był aprobowanym celem samym w sobie. Z ww. wyroków w sprawach C-131/16, C-100/12 czy też C-689/13 nie można wywodzić, że interes w uzyskaniu zamówienia jest tożsamy z celem polegającym na unieważnieniu postępowania, do którego dąży Odwołujący w niniejszej sprawie. TSUE w przywołanym już wyroku C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich* orzekł, iż art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Rady 89/665/EWG „należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.” Podobną tezę, zawarł również w motywie 57 wyroku w sprawie C-131/16 *Archus et Gama*, odnosząc się do ww. wyroku C-355/15 i „że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

W ocenie Izby powyższe omówienie znajduje wprost zastosowanie do stanu faktycznego zaistniałego w rozpoznawanej sprawie. Jak już wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, w tym postępowaniu Zamawiający jednocześnie poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty drugiego oferenta. Istotne w sprawie jest to, że w przewidzianym ustawą terminie na wniesienie środków ochrony prawnej od powyższej czynności Zamawiającego, Odwołujący zaskarżył czynność tylko w zakresie w jakim odnosiła się ona do wyboru oferty najkorzystniejszej, wnosząc jednocześnie o unieważnienie postępowania o zamówienie. W konsekwencji Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz nie wykazał możliwości poniesienia szkody, ponieważ jednocześnie nie odwołał się od czynności Zamawiającego w zakresie w jakim dotyczyła ona odrzucenia jego oferty. Tym samym na dzień rozpoznania sprawy oferta Odwołującego jest ostatecznie odrzucona, co Izba była zobowiązana wziąć pod uwagę przy rozpoznaniu tego odwołania. W nawiązaniu do

omówionego wyżej orzecznictwa TSUE, stwierdzić więc należy, że wykonawca, którego oferta została ostatecznie odrzucona, zarówno na gruncie przepisów krajowych jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty.

Wobec poczynionego ustalenia co do braku interesu wykonawcy, w rozumieniu art. 505 ust.1 ustawy Pzp, odwołanie zostało oddalone bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 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: