



# Grodzkie Przedsiębiorstwo Komunalne

Spółka z o.o.

62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Kościańska 32  
tel. 61 44 47 186, 61 44 47 187, fax wewn. 9

Grodzisk Wlkp. 22.03.2021 r.

Sygnatura sprawy: KP 06/12/2020

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest: Dostawę wapna o bardzo wysokiej reaktywności.**

## ZAWIADOMIENIE O COFNIĘCIU OŚWIADCZENIA WOLI O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY ORAZ O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Działając stosownie do art. 93 ust. 3 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. - zwanej dalej PZP), zamawiający Grodzkie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim zawiadamia o unieważnieniu postępowania opisanego w petitem.

Ergo zamawiający cofa oświadczenie woli o wyborze najkorzystniejszej oferty i uchyla czynność jej wyboru, tj. oferty nr 1 złożonej przez BRENNTAG POLSKA Sp. z o.o. ul., z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu (47-224), przy ul. J. Bema 21.

## UZASADNIENIE

**Uzasadnienie faktyczne:** Zamawiający wszczął w/w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach sporządzonego opisu przedmiotu zamawiający narzucił stawkę podatku VAT, na podstawie której wykonawcy zmuszeni byli sporządzić ofertę, tym samym zapis SIWZ w tym zakresie, definiował następczo także sposób kalkulacji jej ceny. Z momentem złożenia i otwarcia ofert, zapis SIWZ w tej kwestii stał się prawomocny i „nie zmienialny”, tym samym każde odstępstwo od narzuconego „algorytmu” wyliczenia ceny oferty pociągało za sobą rygor odrzucenia oferty tego wykonawcy, który sporządził ofertę odmiennie od tego „legalnego wzoru”.

W przepisany termin wpłynęły dwie oferty. Jedną od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a wybór której zamawiający niniejszym uchylił i drugą ofertę od wykonawcy Evergreen Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Pyrzycach.

Sprawozdawczo należy nadmienić, że pierwotnie zamawiający w dniu 19 stycznia 2021 r., poinformował wykonawcę Evergreen Solutions Sp. z o.o. o poprawieniu jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt.3 ustawy PZP, tj., oświadczył, iż dokonał w jego ofercie korekty stawki podatku VAT z

8% na 23%. Po korekcie cena 1 Mg wapna wynosiła 638,37 zł brutto (słownie: sześćset trzydzieści osiem 37/100)- szacowana cena oferty brutto 414 940,50 (słownie: czterysta czternaście tysięcy dziewięćset czterdzieści 50/100 złotych brutto).

Zamawiający podał w uzasadnieniu swojej czynności, iż w SIWZ narzucił stawkę podatku VAT w wysokości 23%, ponieważ wapno oraz tlenek wapna nie są wymienione w załączniku nr 3 do ustawy z dnia 11.03.2004 o podatku od towarów i usług jako towary objęte obniżoną 8% stawką VAT.

Pismem z dnia 21 stycznia 2021 roku Wykonawca ten nie wyraził zgody na zmianę stawki podatku VAT, jednocześnie argumentując, że wystąpił do Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej o wydanie Wiążącej Interpretacji Stawkowej dotyczącej stosowania preferencyjnej stawki podatku VAT.

Zamawiający kierując się przepisem art. 89 ust.1 pkt. 3), 6) i 7) ustawy PZP odrzucił ofertę wykonawcy jako niezgodną z SIWZ oraz zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

W dacie 04 marca, wykonawca którego oferta została odrzucona przekazał zamawiającemu kopię Wiążącej Informacji Stawkowej (WIS) Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 25 lutego 2021 r. o sygnaturze 0111-KDSB1-2.450871.2020.4.MS; UNP:1252237 z okresem ważności od 25.02.2021 do dnia 25.02.2026 r.

Z informacji tej można wyczytać, że przedmiot zamówienia winien być objęty stawką podatku VAT w wysokości 8%, a tym samym odrzucenie oferty wykonawcy Evergreen Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Pyrzycach, miało istotny wpływ na wynik postępowania. Ergo po lekturze tego dokumentu, zamawiający doszedł do jedyne go możliwego wniosku, że czynność odrzucenia oferty była wadliwa, która swoją wadliwość czerpie w sposób pierwotny z treści SIWZ, a której to specyfikacji jak nadmieniono powyżej nie wolno zmienić na etapie oceny ofert.

Zatem zawisły w sprawie stan faktyczny dowodzi, że konieczne stało się wynikowo uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (poprzez cofnięcia oświadczenia woli o jej wyborze) oraz kumulatywnie unieważnienie przedmiotowego postępowania w oparciu o wskazaną podstawę prawną.

Zważyć jednakowoż należy co najistotniejsze, że zamawiający w czasie gdy dokonał wszczęcia postępowania, a następnie odrzucenia oferty wykonawcy Evergreen Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Pyrzycach, nie dysponował wiedzą o fakcie, że opisany przedmiot zamówienia „dostawa wapna o wysokiej reaktywności” winien być opodatkowany stawką 8%, aż do dnia 04 marca 2020 r., który to dzień przypada po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z tej przyczyny, że w/w WIS jest decyzją, która do momentu jej uchylenia czerpie swa moc z zasady „trwałości decyzji administracyjnych”, a zarazem że była to „nowa” okoliczność, wymusiła ona obecne czynności zamawiającego zakomunikowane niniejszym pismem.

**Uzasadnienie prawne:** Z uwagi na powyższy stan faktyczny sprawy zamawiający twierdzi, że sporządzony opis przedmiotu zamówienia w zakresie „obowiązku sporządzenia oferty w oparciu o stawkę podatku VAT w wysokości 23%” był wadliwy.

W związku z powyższym zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postępowanie to obarczone jest wadą o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, z którego dyspozycji wynika, że unieważnia się postępowanie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie zamawiającego zachodzi bezpośredni związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy faktem sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, który narzucił „stawkę 23%”, a czynnością odrzucenia oferty wykonawcy Evergreen Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Pyrzycach a także wynikowo koniecznością unieważnienia w/w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13, że w przepisach PZP ustanowiono wymóg prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. Jeżeli więc, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób odmienny od tego jak należało sporządzić ofertę w aspekcie należnej stawki podatkowej, ustalonej legalnie w w/w WIS (nowy element



w sprawie o którym wiedzę zamawiający nabył po rozstrzygnięciu postępowania w dniu 04 marca 2021 r.), a który wpłynął na możliwość złożenia ważnych ofert wykonawców, to zamawiający miał obowiązek po stwierdzeniu tej okoliczności, unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP. Wada w niniejszym postępowaniu uzasadniająca unieważnienie postępowania jest istotna i nieusuwalna.

Zważyć bowiem należy, że na obecnym etapie postępowania (po złożeniu ofert), nie ma jakiegokolwiek możliwości „poprawienia” sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast opis przedmiotu zamówienia, zawierał wady zdefiniowane powyżej. Nie pozostawia to wątpliwości, że nie sposób naprawić zaistniałych faktów i czynności poprzez jakąkolwiek inną czynność niż unieważnienie postępowania w oparciu o przywołaną podstawę prawną.

Więcej, czynność ta jest konieczna, gdyż obecny opis przedmiotu zamówienia doprowadził, jak nadmieniono powyżej do odrzucenia oferty, która jak wynika z WIS została sporządzona prawidłowo.

Odwołując się do dorobku doktryny, na przesłankę z pkt 7 ust. 1 art. 93 PZP składają się dwie okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje unieważnienie postępowania. Po pierwsze, konieczne jest istnienie tak istotnej wady postępowania, że jest ona niemożliwa do usunięcia – a przez to uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada postępowania, która ma być podstawą jego unieważnienia, musi mieć więc charakter nieusuwalny i powodujący równocześnie, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek istnienia tej wady, względnie nieważna (będzie podlegać unieważnieniu). Ze względu na użycie przez ustawodawcę zwrotu "(...) postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (...)" wada ta musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w ustawie procedur sanacyjnych. Za wyrokiem KIO z 11 kwietnia 2013 r., KIO 741/13: "Przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy określa art. 146 ust. 1 PZP". Należy dodać, że wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania.

Treść art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP nie pozostawia zatem wątpliwości, że postępowanie o udzielenie zamówienia musi być obarczone stwierdzoną przez zamawiającego wadą, która na danym etapie postępowania, na którym została stwierdzona, nie może być usunięta. Tym samym na tym etapie postępowania, na jakim się ono znajduje, zamawiający nie może zastosować żadnej z procedur sanacyjnych przewidzianych ustawą – Prawo zamówień publicznych w celu usunięcia stwierdzonej wady (por. wyr. KIO z 28 maja 2010 r., KIO 889/10).

Per analogia por. zgodnie z wyr. z 11 lutego 2013 r., KIO 224/13: "W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 146 ust. 6 PZP. Stwierdzone wady postępowania mogły bowiem mieć znaczący wpływ na jego wynik, gdyż z uwagi na sprzeczne z regułami ustawowymi niesprecyzowanie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie można było na warunkach porównywalnych doprowadzić do wyboru oferty. Zachodziły wszelkie podstawy do stwierdzenia, iż jest ono obarczone wadą nieusuwalną i niemożliwą do usunięcia na rozważanym etapie postępowania. Zamawiający nie mógł uzupełnić treści ogłoszenia i siwz w zakresie warunków udziału przez wskazanie jakich zezwoleń wymaga od

wykonawcy. Wykonawcy również nie mogą uzupełnić złożonych ofert ponad dokumenty wymagane. (...) Brak jednoznacznej informacji o tym jakie uprawnienia pozwalają na udział w przetargu, a szczególnie reakcja wykonawców wskutek tego zaniechania mogłaby wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechania zamawiającego spowodowały rozbieżność w rozumieniu warunku przez wykonawców oraz pozostawiły decyzje o rodzaju i zakresie niezbędnych uprawnień wykonawcom. Tym samym skutkowało to wadą postępowania niemożliwą do usunięcia, która stanowi obligatoryjną przesłankę unieważnienia przetargu".

**Wnioski:** zmiana opisu przedmiotu zamówienia nie jest możliwa po momencie złożenia ofert. Dlatego też w tak ukształtowanych okolicznościach faktycznych i prawnych zamawiający podjął decyzje jak w petitum pisma.

W taki sam sposób por. Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych red. Jaworska 2018, SIP Legalis:

Katalog uchybień wad postępowania określony w [art. 146 ust. 1 PZP](#) nie ma charakteru zamkniętego. Unieważnienie postępowania może nastąpić również z powołaniem się na okoliczności określone w [art. 146 ust. 6 PZP](#), tj. dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu PZP, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przyjmuje się bowiem, że skoro w takim przypadku Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to zamawiający, stwierdzając wystąpienie wady postępowania, mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, może unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 7 PZP. Wpływ na wynik postępowania w rozumieniu [art. 146 ust. 6 PZP](#) mają z pewnością wady określone w jego ust. 1, ale także inne przypadki istotnego naruszenia przepisów PZP, w szczególności podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, np. równego traktowania wykonawców, wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza przy prawidłowym zastosowaniu przyjętych kryteriów oceny ofert lub takie ich opisanie, które uniemożliwia wybór oferty najkorzystniejszej (por. wyr. KIO z 27.3.2017 r., [KIO 479/17](#), Legalis), wybór oferty złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Z uwagi na zawisły stan faktyczny i prawny sprawy zamawiający orzekł jak w sentencji pisma.

#### POUCZENIE

Odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

PREZES ZARZĄDU  
mgr inż. Andrzej Cichos