

34/ZP/HOSP/2023

Kraków 02.05.2023

Adresaci:

1. Sun&More Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 8 lok. 215, 70-101 Szczecin
2. Hotele DIAMENT S.A., ul. Dąbrowskiego 50, 44-100 Gliwice

ZAWIADOMIENIE O WYNIKU – UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA W ODNIESIENIU DO CZĘŚCI 1, 2 I 3 ZAMÓWIENIA

Dotyczy: Świadczenia usług hotelarskich na potrzeby zakwaterowania i wyżywienia grupy uczestniczących w Drużynowych Mistrzostwach Europy w Lekkoatletyce na Stadionie Śląskim w Chorzowie w ramach III Igrzysk Europejskich Kraków-Małopolska 2023, z podziałem na 3 części zamówienia.

Szanowni Państwo,

Zamawiający zawiadamia, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję art. 255 ust. 2 ustawy Pzp, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania, ponieważ wszystkie oferty w zakresie części 1, 2 i 3 zamówienia zostały odrzucone.

Zamawiający informuje, iż działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp odrzucił z części 1, 2 i 3 postępowania ofertę nr 1 Sun&More Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 8 lok. 215, 70-101 Szczecin, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, odpowiednio do przedstawionego poniżej uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu wskazanej wyżej oferty Zamawiający zauważa, iż jej treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż Wykonawca wykazał że oferowane usługi składające się na przedmiot zamówienia nie odpowiadają wymaganiam opisanym w treści rozdziału III pkt 8 SWZ.

W przywołanym zapisie SWZ Zamawiający zastrzegł bezwzględny obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań zamówienia. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca (Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie) osobiście wykonał usługę hotelarską w jednym obiekcie hotelowym. Wobec powyższego zgodnie z art. 60 i art. 121 ustawy Pzp Wykonawca jest zobowiązany do wykonania tej części zamówienia samodzielnie, bez korzystania z usług podwykonawców.

Wykonawca natomiast wykazał w treści oferty, jak również w wyjaśnieniach z dnia 18.04.2023r., złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.04.2023r., iż będzie realizował zamówienie jako biuro podróży przy pomocy podwykonawców, którym zamierza powierzyć usługi hotelarskie, gastronomiczne i konferencyjne.

Zamawiający zaznacza, iż świadczenie usług hotelarskich jest głównym przedmiotem objętym zamówieniem w tym postępowaniu. Zebrane dokumenty potwierdzają, iż Wykonawca osobiście nie świadczy takich usług, a kluczowe zadania polegające na świadczeniu usług hotelowych zamierza zlecać jako pośrednik podwykonawcy.

Zasadność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty wskazanego wyżej Wykonawcy potwierdza również orzecznictwo KIO, przykładowo w wyroku Izby z 28 kwietnia 2021r., sygn. akt KIO 978/21, orzeczono iż: „Wobec zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę kluczowych części zamówienia wykonawca powinien wykazać (w zakresie warunku) roboty/prace zrealizowane samodzielnie.(...)”.



Wyjaśnić należy, iż oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota tego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań Zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie Wykonawcy. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

W niniejszym przypadku wymaganiem tym był obowiązek osobistej realizacji usług hotelarskich przez Wykonawcę, czemu on nie sprostał, a w konsekwencji bezsprzecznie złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia dotyczącymi sposobu spełnienia świadczenia.

Powierzenie przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę, pomimo iż Zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez Wykonawcę, bezwzględnie narusza warunki opisane w SWZ, dlatego też oferta podlega odrzuceniu.

Zgodnie z doktryną jak i orzecznictwem, które pomimo zmiany przepisów ustawy Pzp znajduje zastosowanie przez analogię również w aktualnym stanie prawnym, treść oferty odpowiada treści SWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym dokumencie. Przywołane wyżej aspekty wskazują jednoznacznie, że sposób wykonanie oferowanej przez Wykonawcę usługi hotelowej nie odpowiada wymaganiom opisanym w treści SWZ, gdyż w całości została powierzona jej realizacja podwykonawcom.

Podnieść należy, że w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014r., sygn. akt KIO 1543/14, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: *„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy P.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”*. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SWZ *„ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp)*, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 listopada 2013r., sygn. akt KIO 2478/13, co w opisanym stanie faktycznym jest w pełni wykazane, gdyż Zamawiający nie może dokonać poprawienia tej oferty nie powodując przy tym zmiany jej treści, czyli nie zmieniając oświadczenia woli Wykonawcy i nie naruszając zasad równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji. W wyroku tym Izba stwierdza też, iż *„sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi*



treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego. Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust.

1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp".

W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji zawartej w art. 66 kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli Wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2012r., sygn. akt KIO 127/12).

Podkreślić też należy, iż opisana niezgodność jest jednoznaczna i nie budzi żadnych wątpliwości, a w konsekwencji nie wymaga żadnych kolejnych wyjaśnień. Ponadto z uwagi na jej charakter i skalę nie można jej uznać za omyłkę. Również nie można jej poprawić bez istotnej ingerencji w treść oferty, a *de facto* ich zmiany i złożenia nowego oświadczenia woli w imieniu Wykonawcy, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

Dlatego też, w świetle opisanego stanu faktycznego i prawnego oraz materiałów zgromadzonych w postępowaniu, a w szczególności treści złożonej oferty oraz wyjaśnień, Zamawiający mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, podjął decyzję o odrzuceniu oferty wskazanego Wykonawcy.

Zamawiający ponadto informuje, iż działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) lit. c) ustawy Pzp, odrzucił z części 2 i 3 postępowania ofertę nr 2 Hotele DIAMENT S.A., ul. Dąbrowskiego 50, 44-100 Gliwice, gdyż Wykonawca zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT w zakresie usług gastronomicznych, co stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty.

Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca w złożonej ofercie, w załączniku 1.1. wyliczenia ceny oferty, w zakresie usług gastronomicznych zastosował stawkę podatku VAT 8%, podczas gdy powinien zastosować stawkę podatku VAT 8% i 23%. Organizacja kompleksowej usługi gastronomicznej powinna być opodatkowana wg stawki 8% z wyłączeniem jednak napojów wszelkiego typu, do których zastosowanie powinna znajdować 23% stawka VAT. Nie sposób w tym miejscu wskazać, iż pozycja lunch, czy też kolacja jako kompleksowa usługa nie będzie zawierała napojów.

W związku z czym Zamawiający na podstawie art. 223 ust 1 ustawy Pzp pismem z dnia 14.04.2023r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT do usług gastronomicznych. Do wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, tj. do dnia 18.04.2023r. Wykonawca nie odpowiedział i nie złożył żadnych wyjaśnień.

Zbadanie czy Wykonawcy przyjęli prawidłowe stawki podatku VAT jest jednym z obowiązków Zamawiającego wynikających z ustawowej zasady równego traktowania Wykonawców. Stawki podatku VAT we wszystkich ofertach powinny być prawidłowe i jednakowe, po to by oferty były w pełni porównywalne.

Odnosząc się do powyższego należy posłużyć się wypracowanymi poglądami doktryny i orzecznictwem KIO. Zgodnie z nimi za błąd w obliczeniu ceny lub kosztu należy uznać błąd wynikający z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwe wykonanie działań rachunkowych (matematycznych). Z tego względu za klasyczny błąd w obliczeniu ceny uznaje się



przyjęcie przez Wykonawcę do wyliczenia ceny niewłaściwej stawki podatku VAT. Takiego błędu co do zasady nie można poprawić, a jego konsekwencją jest odrzucenie oferty. Ma to odzwierciedlenie między innymi w wyroku KIO z dnia 27 maja 2021r. (sygn. akt KIO 942/21): *„Określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.”.*

Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtował się pogląd, zgodnie z którym 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 (uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 20 października 2011r., sygn. akt III CZP 52/11).

W tym miejscu, przywołać należy również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2019r. (sygn. akt KIO 1046/19), nadal aktualny w obowiązującym stanie prawnym, w którym wskazano iż: *„Skład orzekający stoi jednak na stanowisku, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjął zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej (...)”.*

Wyżej opisane stanowiska, są też jednolicie aprobowane w doktrynie prawniczej (przykładowo Red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, s. 722), *„Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT”.*

Opisany stan faktyczny i prawny, potwierdza iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka do odrzucenia oferty Wykonawcy, a w konsekwencji podjęta decyzja Zamawiającego jest w pełni uzasadniona, a przy tym obligatoryjna.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia ofert wskazanych powyżej Wykonawców, w oparciu o powołane w niniejszym piśmie podstawy prawne i okoliczności faktyczne, a w efekcie z powodu braku prawidłowych ofert unieważnienia postępowania.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest większa niż progi unijne, można je wnieść w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu



ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście,
za pośrednictwem posłańca, a pisma w postaci elektronicznej
wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z poważaniem,

Zamawiający

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.



Michał Langer
Wiceprezes Zarządu
/Dyrektor Operacyjny
Igrzyska Europejskie 2023 Sp. z o.o.



Maciej Kurp
Wiceprezes Zarządu
Dyrektor Administracyjno-Ekonomiczny
Igrzyska Europejskie 2023 Sp. z o.o.

