

WYROK

z dnia 2 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 roku przez

wykonawcę Almax-Dystrybucja Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - SZKOŁĘ PODSTAWOWĄ NR 43 IM. IGNACEGO JANA PADEREWSKIEGO w Lublinie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty T. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tomar T. N. z siedzibą w Lublinie, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 4 zamówienia, następnie nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert w tej części, w tym odrzucenie oferty Tomar jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny w pozycji 40 formularza cenowego;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego- Almax-Dystrybucja Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie w 2/3 części oraz Zamawiającego SZKOŁĘ PODSTAWOWĄ NR 43 IM. IGNACEGO JANA PADEREWSKIEGO w Lublinie w 1/3 części i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Almax-Dystrybucja Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie,

tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od Zamawiającego - SZKOŁY PODSTAWOWIEJ NR 43 IM. IGNACEGO

JANA PADEREWSKIEGO w Lublinie na rzecz - Odwołującego - Almax-Dystrybucja

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie - kwotę 3 995 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy dziewięciuset dziewięćdziesięciu pięciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem części wpisu, części wynagrodzenia pełnomocnika oraz części kosztów dojazdu na rozprawę do Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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:

Sygn. akt KIO 2158/22

## UZASADNIENIE

Zamawiający SZKOŁA PODSTAWOWA NR 43 IM. IGNACEGO JANA PADEREWSKIEGO w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Dostawa artykułów żywnościowych do stołówki szkolnej SP43 w Lublinie w roku szkolnym 2022 — 2023”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00282789 w dniu 28 lipca 2022 roku.

W dniu 16 sierpnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył Wykonawca Almax-Dystrybucja Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu wykonanie i zaniechanie wykonania następujących czynności w prowadzonym postępowaniu:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOMAR T. N. z siedzibą w Lublinie zakresie zadania 4, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu błędnej stawki podatku Vat w pozycjach 40 Majonez, oraz 110 Baton orzechowo czekoladowy nadziewany;
- 2) zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu przez Wykonawców TOMAR T. N., DATO T. D., SOLIDEZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Turce, mimo że zostały podpisane zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp;
- 3) zaniechanie przestania Odwołującemu oferty - poza formularzem ofertowym, złożonej przez SOLIDEZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Turce mimo że zastrzeżenie takich elementów oferty jak formularz cenowy czy złożone oświadczenia jawnie łamie jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień - zasadę jawności;
- 4) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo że pozostała najkorzystniejszą ofertą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu w zadaniach 4 i 5.

W ocenie Odwołującego powyższe czynności i zaniechania naruszają następujące przepisy:

- 1) art. 16 ust. 1 i 2 oraz 17 ust. 2 PZP - poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert;
- 2) art. 18 ust. 1 w zw. z art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez utajnienie formularza cenowego wykonawcy Solidez;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Tomar, Dato, Solidez, mimo że nie zostały podpisane zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp
- 4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Tomar T. N. zawierającej błąd w obliczeniu ceny
- 5) art. 7 pkt 1 ustawy Pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest

najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie zadań 4 i 5.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku:
- 3) nakazanie odrzucenia ofert - Tomar, Dato, Solidez;
- 4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadań 4,5.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający ogłosił w dniu 28 lipca 2022r. przedmiotowe postępowanie, w którym Odwołujący złożył oferty na zadanie 4 i 5. W dniu 12 sierpnia 2022 na stronie na, której prowadzono postępowanie zostały opublikowane: informacja z otwarcia ofert oraz informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 12 sierpnia 2022 roku Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o przesłanie ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców Tomar T. N., Dato T. D., Solidez Sp. z o.o., Karo Sp. z o.o. Zamawiający przesłał Odwołującemu oferty wskazanych Wykonawców, jednak po weryfikacji, w ocenie Odwołującego żadna z ofert nie została podpisana właściwie.

Odwołujący przekazał tę informację Zamawiającemu w dniu 12 sierpnia 2022 z informacją o braku możliwości weryfikacji podpisów z jednoczesnym wnioskiem o przestanie właściwych plików jeśli pierwotnie przesłane nie były oryginalnymi plikami ofert. Jednocześnie brak było oferty Wykonawcy Solidez.

Zamawiający do dnia wniesienia odwołania nie przesłał Odwołującemu innych plików, poinformował też Odwołującego o decyzji, iż nie prześle żadnego z elementów oferty Wykonawcy Solidez Sp. z o.o. poza formularzem ofertowym.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dysponuje ofertami wskazanych Wykonawców podpisanymi w sposób prawidłowy, a tym samym należy je odrzucić, czego Zamawiający zaniechał.

Brak jest też pełnej możliwości zbadania oferty Solidez, ponieważ istotne jej elementy nie zostały przesłane.

Badając plik mający być ofertą złożoną przez Wykonawcę Tomar T. N., Odwołujący w formularzu cenowym w zakresie zadania 4 natknął się na błędy, które przeoczył Zamawiający. W pozycji 40 - majonez Wykonawca ten przyjął podatek VAT w stawce 0%, mimo że winien zastosować stawkę 8%. Podobnie w pozycji 110 - Baton orzechowo - czekoladowy nadziewany winna zostać zastosowana stawka 23%. Świadczy to zdaniem Odwołującego, że oferta obarczona jest błędem w obliczeniu ceny a tym samym winna zostać odrzucona także z tego powodu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego,

na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,

co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane

merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w części 4 i 5 postępowania. Wybór jako najkorzystniejszej ofert innych Wykonawców w tych częściach i możliwość zaniechania czynności przez Zamawiającego, do których był w ocenie Odwołującego zobowiązany, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci 'braku uzyskania

zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żaden ze Stron.

Izba ustaliła, że:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej na nośniku danych przez Zamawiającego Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa artykułów żywnościowych do stołówki szkolnej w roku szkolnym 2022 - 2023. Zamówienie składa się z 7 części. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Wykonawca mógł złożyć oferty częściowe, na dowolną ilość części.

Zamawiający podał w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), że komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym składanie ofert, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem MiniPortalu. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia lub informacje, które wpłyną do Zamawiającego, uważa się za dokumenty złożone w terminie, jeśli ich czytelna treść dotrze do Zamawiającego przed upływem tego terminu. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich złożenia/wysłania na Platformie. Korzystanie z Platformy przez Wykonawcę jest bezpłatne.

Zgodnie z Rozdziałem 11 SWZ (Opis sposobu przygotowania oferty) oferta wraz z załącznikami miała być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy. Oferta sporządzona w postaci elektronicznej powinna być podpisana podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy, albo przez osobę umocowaną (na podstawie pełnomocnictwa) przez osoby uprawnione. Jeśli osoba/osoby podpisujące ofertę działają na podstawie pełnomocnictwa, to treść pełnomocnictwa musi wyraźnie wskazywać uprawnienie do podpisania oferty.

Co do formy samej oferty, to Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Wypełnienie Formularza oferty na Platformie przez Wykonawcę, który składa ofertę w postaci elektronicznej, Zamawiający uzna za wiążące. Do oferty należało dołączyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Z Rozdziału 12 SWZ (Sposób obliczenia ceny) wynikało, że Należy podać cenę za każdą część zamówienia oddzielnie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i formularzem cenowym. Wykonawca składając ofertę, informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Zamawiający informuje, że nie przewiduje zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Zamawiający nie przewiduje możliwości prowadzenia rozliczeń w walutach obcych. Rozliczenia między Zamawiającym, a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich.

Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany umowy w formie aneksów w następujących przypadkach:

- a) wystąpienia siły wyższej - w zakresie terminu zakończenia,
- b) ustawowej zmiany stawki podatku VAT - zmiana wynagrodzenia,
- c) zmiany numeru rachunku bankowego - w zakresie dostosowania umowy do tych zmian,
- d) zmiany nazwy oraz formy prawnej Stron - w zakresie dostosowania umowy do tych zmian,
- e) zmian wynikających ze zmian w zakresie obowiązujących przepisów prawa - w zakresie dostosowania umowy do tych zmian,
- f) zmiany ceny poszczególnych produktów na warzywa i owoce, jeżeli wzrost/spadek

cen w ciągu kwartału przekroczy 10%. Zmiana ceny na owoce i warzywa odbywać się będzie w oparciu o sezonowy skok cen: wiosna, lato, jesień, zima. Przy wzroście/spadku cen powyżej 10% od cen hurtowych według aktualnego cennika z giełdy Lubelskiego Rynku

Hurtowego wiążących obie strony umowy (strona www:

).

W załączniku nr 3 do SWZ (Formularz ofertowo-cenowy) Zamawiający w rubryce Stawka podatku VAT (%) nie podał informacji, jakie stawki podatku uważa za właściwe. Dane te mieli uzupełnić wykonawcy.

W dniu otwarcia ofert, w części 4 oferty złożyło 3 wykonawców (Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOMAR T. N. z siedzibą w Lublinie, Karo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poniatowej i Odwołujący). Zamawiający poinformował, że przeznaczył na sfinansowanie tej części kwotę 90 000,00 zł.

W części 5 oferty złożyło 4 wykonawców (Odwołujący, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOMAR T. N. z siedzibą w Lublinie, Hurtownia DATO T. D. z siedzibą w Lublinie, SOLIDEZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie). Zamawiający poinformował, że przeznaczył na sfinansowanie tej części kwotę 49 000,00 zł.

W aktach dokumentacji postępowania znajduje się notatka służbowa z dnia 11 sierpnia 2020 roku, że w związku z otwarciem ofert, wystosowano drogą telefoniczną zapytanie do Wykonawcy TOMAR zapytanie dotyczące wartości VAT poszczególnych produktów żywnościowych.

W tym samym dniu Wykonawca TOMAR złożył oświadczenie, że „różnice wynikające w podanym Vacie są efektem oczywistej omyłki pisarskiej”. Wykonawca w ofercie dla części 4 zamówienia, w pozycji 110 (baton orzechowy) podał stawkę 0%, a w pozycji 40 (majonez) również Wykonawca wstawił 0%.

W ofercie SOLIDEZ znajduje się następujące oświadczenie „Oświadczamy, że na stronach trzech oferty są zawarte informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być one ogólnie udostępniane przez Zamawiającego”.

W dniu 11 sierpnia 2022 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach i o przyznanych punktach.

W części 4 za najkorzystniejszą uznano ofertę Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOMAR, N. T. z siedzibą w Lublinie za cenę netto 67 152,00 zł. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce.

W części 5 za najkorzystniejszą uznano ofertę Wykonawcy T. D., Hurtownia DATO z siedzibą w Lublinie za cenę netto 49 675,00 zł. Drugie miejsce przypadło ofercie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOMAR, N. T. z siedzibą w Lublinie, oferta Odwołującego zajęła 3 miejsce, czwarte miejsce przypadło ofercie wykonawcy SOLIDEZ.

W aktach przesłanych do Izby ujawniono stanowiska wykonawców, których oferty zostały zakwestionowane.

Wykonawca TOMAR oświadczył, że w zadaniu 4 przy stawkach podatku VAT w pozycjach 40 i 110 miała miejsce oczywista omyłka pisarska, nie mająca wpływu na wartość zamówienia, gdyż brane były pod uwagę ceny netto. Oświadczone także, że wszystkie dokumenty złożone w postępowaniu zostały opatrzone podpisem elektronicznym, w związku z powyższym oferta spełnia wymogi formalne art. 63 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykonawca SOLIDEZ oświadczył, że wszystkie dokumenty złożone w postępowaniu zostały opatrzone podpisem elektronicznym, w związku z powyższym oferta spełnia wymogi art. 63 ustawy Pzp. Jednocześnie w związku z art. 9 pkt 4 i pkt 5 SWZ Wykonawca wniósł o odtajnienie treści swojej oferty. W związku z tym oświadczeniem Zamawiający, już po wniesieniu odwołania przesłał Odwołującemu formularz cenowy Solidez.

Wykonawca DATO złożył oświadczenie, że jego oferta została podpisana zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp u nie ma podstaw do jej odrzucenia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (tak uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11).

W uchwale tej wskazano, że „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny; przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert.”

W dalszej części Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i ich chronologia badania ofert warunkowane są treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą 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.

Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie mamy wówczas do czynienia z przesłanką niezgodności oferty z SIWZ, brakuje dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W ostatniej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT przy jej nieuwzględnieniu w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny.

Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierzonego uchybienia.”

Dlatego też nie zasługują na podzielenie twierdzenia Zamawiającego, w których posiłkuje się on stanowiskiem Wykonawcy Tomar, że zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest bez znaczenia, ponieważ ocenie podlegała cena netto oferty a zaistniała omyłka miała charakter oczywisty. Po pierwsze wyraźnego podkreślenia wymaga, że takiego stanowiska nie potwierdzają zapisy SIWZ. Z żadnego miejsca dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia nie wynika, że Zamawiający przyjął taką systematykę oceny ofert w odniesieniu do oceny ceny netto ofert. Nie wynika to z pewnością ani z zapisów rozdziałów SIWZ odnoszących się do ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, gdzie Zamawiający posługuje się pojęciem „cena”. Ani nie wynika to z zapisów rozdziału o sposobie obliczenia ceny. Okoliczność, że Zamawiający skonstruował tabelę, w której ujął wyniki postępowania, tak, że podał w niej wartości netto poszczególnych ofert jest irrelevantna dla przedmiotu sporu, ponieważ Zamawiający takiego uprawnienia do oceny w takiej referencji sobie nie przyznał.

Co więcej stanowisko Zamawiającego o ocenie wartości netto jest niespójne i pozbawione logiki w obliczu definicji pojęcia „ceny” przedstawionej w ustawie Pzp, którym to

pojęciem, jak już Izba opisała powyżej, Zamawiający posługuje się w całym dokumencie SWZ. Zgodnie z art. 7 pkt 1 ustawy Pzp przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019r., poz. 178), nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą. Z przywołanego przepisu wynika, że za cenę przyjmuje się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Definicja ta została dookreślona w art. 3 ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług poprzez wyrażne wskazanie, iż w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się także stawkę taryfową. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający ocenić powinien ceny całkowite poszczególnych ofert, co oznacza, że powinien brać pod uwagę również należy podatek od towarów i usług. W przypadku kryterium oceny, jakim jest cena, dla porównania ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych przez siebie środków publicznych, a zatem kwotę, jaką będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji zamówienia, a więc zawierającą także podatek od towarów i usług. Jest to stanowisko niekwestionowane od lat przez doktrynę i orzecznictwo, tym bardziej dziwi postawa Zamawiającego, iż, uważa On za właściwe działanie polegające na ocenie wartości netto. Nie zasługuje na podzielenie argumentacją, że możliwa jest ocena wartości netto ofert, ponieważ podatek od towarów i usług jest składnikiem kosztu, który również Zamawiający będzie musiał ponieść, płacąc za nabywane towary. Tym samym określenie stawki podatku ma podstawowe znaczenie dla ceny danej oferty. Jeżeli procentowa wysokość tego podatku została określona przez danego wykonawcę błędnie, wówczas mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny. Stwierdzenie takiego błędu obliguje Zamawiającego do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, czego Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał, a czym doprowadził do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp dokonując wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza.

Obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki podatku. Oznacza to, że 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. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT. W przedmiotowej sprawie nie było wątpliwości, że w części 4 zamówienia, w pozycji 40 formularza cenowego stawka podatku wynosić powinna 8%. Wykonawca Tomar zastosował stawkę 0%, co sam przyznał składając Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia. Zamawiający nie mógł skorygować wartości podanych w ofercie za Wykonawcę, ponieważ w SWZ nie określono, jaką stawkę Zamawiający uważa za prawidłową, a uwzględnienie oświadczenia złożonego przez Wykonawcę po terminie składania ofert stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści oferty, czego ustawa Pzp zabrania.

Podsumowując, określenie w ofercie Tomar w pozycji 40 formularza cenowego ceny towaru brutto z uwzględnieniem wartości podatku VAT w wysokości nieodpowiadającej prawidłowej stawce tego podatku, stanowi błąd w obliczeniu ceny i obliguje Zamawiającego do odrzucenia tej oferty podczas ponowienia procesu badania i oceny ofert.

Uwzględnienie zarzutu jednocześnie potwierdziło zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 i 17 ustawy Pzp, odnoszących się do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący podnosił, że oferty wykonawców Tomar, Dato, Solidez, Karo nie zostały odrzucone, mimo że nie zostały podpisane zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzuty wobec tych ofert nie potwierdziły się. Izba z urzędu, w ramach postępowania

dowodowego, na rozprawie, w obecności Stron, dokonała sprawdzenia, czy oferty zostały właściwie podpisane, czy oferty podpisy zamieszczone na dokumentach możliwe są do zweryfikowania, czy dokumenty podpisano właściwymi podpisami w formie lub postaci elektronicznej, poświadczonymi odpowiednimi certyfikatami. Wynik czynności sprawdzających miał charakter dodatni. Wszystkie kwestionowane przez Odwołującego oferty zweryfikowane zostały pozytywnie. Zamawiający również przedstawił dowody potwierdzające prawidłową weryfikację podpisów z dnia otwarcia ofert. Tożsame certyfikaty, jak złożone przez Zamawiającego do Izby w ramach dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe były do wygenerowania w toku czynności sprawdzających wykonanych przez Izbę.

Odwołujący w toku rozprawy próbował zmodyfikować zarzut, podnosząc, że otrzymał od Zamawiającego pliki z ofertami w takim formacie, że niemożliwa była ich weryfikacja co do właściwości złożonych podpisów. Taką modyfikację treści zarzutu uznać należy za niedozwoloną i spóźnioną. Na innej podstawie, tak faktycznej i prawnej, opiera się bowiem zarzut niewłaściwego podpisania ofert, a na innej zarzut przekazania lub zaniechania przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy dokumentacji postępowania we właściwej formie.

Momentem, w którym Odwołujący przedstawia zarzut jest wniesienie odwołania. Oczywiście, część argumentacji w zakresie zarzutu może być przedstawiona w odwołaniu, następnie zaś Odwołujący może dokonać jej rozszerzenia na rozprawie. Nie dotyczy to jednak przede wszystkim podstawy prawnej skonstruowania samego zarzutu. W przedmiotowej sprawie Odwołujący podniósł zarzut niewłaściwej formy podpisów dla złożonych ofert. Zarzut odwołania ani w części prawnej, ani w części faktycznej nie odnosił się do czynności lub zaniechań Zamawiającego w ramach udostępnienia dokumentacji postępowania, w tym ofert, ale do czynności Wykonawców mających miejsce w momencie złożenia oferty. Izba nie przeczy twierdzeniom Odwołującego, że być może było tak, że Zamawiający przekazał pliki z dokumentami w niewłaściwej formie, jako skany dokumentów, co uniemożliwiło Wykonawcy weryfikację podpisów, jednakże zarzuty odwołania w momencie jego złożenia nie tylko co do podstawy prawnej ale również w zakresie argumentacji faktycznej przedstawiono w odmienny sposób.

Wobec stwierdzenia przez Izbę w sposób niezaprzeczalny, z czym Odwołujący nie polemizował na rozprawie, że podpisy złożone zostały pod ofertami i innymi dokumentami w sposób prawidłowy, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący objął treścią odwołania także zarzut zaniechania przekazania mu formularzy cenowych z oferty wykonawcy Solidez, z powodu objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Co do zasady, Izba uważa, że zarzut ten był zasadnie podniesiony, jednakże zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Izba ustaliła, że Zamawiający już po wniesieniu odwołania, po otrzymaniu pisma od Solidez, udostępnił Odwołującemu wnioskowane dokumenty w całości. Tym samym nastąpiło wykonanie czynności, której zaniechanie wykonania kwestionował Odwołujący. Uwzględnienie odwołania w tym zakresie pozostaje więc bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego. Odwołującemu z momentem otrzymania dokumentów od Zamawiającego otworzył się nowy termin na wniesienie odwołania, gdyby okazało się, że przedstawione dokumenty zawierają błędy lub nieścisłości.

Odnosząc się do prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawcę Solidez informacji zawartych w formularza cenowych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko na marginesie Izba pragnie podkreślić, że tak uczynione zastrzeżenie nie ma wiążącego charakteru. Po pierwsze zastrzeżenie w ofercie ograniczyło się do jednego zdania zamieszczonego pod formularzem cenowym, że zawarte w dokumencie informacje Wykonawca traktuje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Takiemu zastrzeżeniu brakuje podstawowego elementu, jakim jest uzasadnienie zastrzeżenia informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Bezsprzecznie zatem Wykonawca, by możliwe było uznanie pewnego zasobu informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi wykazać, że pewne elementy spełniają przesłanki wynikające z odrębnych przepisów. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne

informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zachodzi nawet konieczność omówienia, czy poszczególne przesłanki zostały przez Solidez wykazane, ponieważ oferta tego Wykonawcy nie zawiera żadnego uzasadnienia dla czynności zastrzeżenia. Już tylko z tego powodu zarzut Odwołującego zasługiwałby na uwzględnienie. Obowiązkiem Zamawiającego w takiej sytuacji byłoby, bez względu na stanowisko Solidez, traktowanie zastrzeżenia jako niebyłego.

Dostrzeżenia również wymaga, że zgodnie z art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Jeżeli więc zastrzeżenie obejmowało dane umieszczone w formularzu cenowym, podlegające ocenie w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, to z założenia nie mogło być skuteczne, ponieważ znajdujące się tam informacje odnoszą się do ceny oferty, której utajnić nie można. Ponadto zauważyć należy, iż przedmiotem zamówienia są artykuły spożywcze powszechnie występujące w obrocie gospodarczym, więc traktowanie zbioru informacji o cenach tych produktów jako tajemnica przedsiębiorstwa, pozbawione jest celu, ponieważ dane te są znane przeciętnie każdej osobie.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Pozostały zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w częściach 2/3.

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł, oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, do wysokości 3 600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy oraz koszty dojazdu na rozprawę przed Izbą w wysokości 885,60 zł, ustalone na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 11 985,60 zł. Zamawiający wnioskował o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa, nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnego rachunku do momentu zakończenia rozprawy.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 985,60 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 2/3 tej kwoty, czyli 7 990,40 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 995,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, zaokrąglając rozdzielone koszty stosunkowo w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący: