

WYROK

z dnia 6 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez wykonawcę: A. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CORNER-HOUSE A. M., ul. Poczтова 8 lok. U6, 70-360 Szczecin w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kołbaskowo, Kołbaskowo 106, 72-001 Kołbaskowo

przy udziale wykonawcy A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J.B. Partners A. T., ul. Pokoju 48, 71-739 Szczecin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących:

a) naruszenia art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez dopuszczenie do zmiany (uzupełnienia) formularza ofertowego przez wykonawcę, tj. Przystępującego: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J.B. Partners A. T., ul. Pokoju 48, 71-739 Szczecin w zakresie tego czy oferta nie prowadzi/prowadzi do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, czy też nie zaznaczenia, wpisania „X” w odpowiedniej kratce przy wyborze odpowiedzi przy „Kucharz przygotował 1 posiłek z dietą bezmleczną, bezglutenową i krzyżową” i nierównego traktowania Wykonawców w zakresie możliwości poprawienia formularza ofertowego, z uwagi na ich wycofanie na rozprawie;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego: A. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CORNER-HOUSE A. M., ul. Poczтова 8 lok. U6, 70-360 Szczecin z

powodu niezgodności z przepisami Ustawy, w tym z powodu rzekomego braku złożenia wyjaśnień, w przypadku gdy oferta jest złożona prawidłowo, a wyjaśnienia zostały Zamawiającemu złożone również prawidłowo, z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J.B. Partners A. T., ul. Pokoju 48, 71-739 Szczecin i odrzucenia oferty A. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CORNER-HOUSE A. M., ul. Poczтова 8 lok. U6, 70-360 Szczecin obie z 14 września 2022 r., jak również nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach której nakazuje Zamawiającemu poprawienie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) oferty A. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CORNER-HOUSE A. M., ul. Poczтова 8 lok. U6,

70-360 Szczecin, tzn. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie wartości podatku VAT. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża Gminę Kołbaskowo, Kołbaskowo 106, 72-001

Kołbaskowo i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

A. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CORNER-HOUSE A. M.,
ul. Poczтовая 8 lok. U6, 70-360 Szczecin tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Kołbaskowo, Kołbaskowo 106, 72-001 Kołbaskowo na rzecz

A. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CORNER-HOUSE A. M.,
ul. Poczтовая 8 lok. U6, 70-360 Szczecin kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie:

jedenaste tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania
odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu i wydatków

pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. 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:

Sygn. akt: KIO 2466/22

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „ZP.271.16.2022.ŻS Usługa żywienia w Przedszkolu Publicznym oraz Publicznym Żłobku Gminnym w Przeclawiu, gmina Kołbaskowo”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień

Publicznych Nr 2022/BZP 00311088/01, data zamieszczenia 18.08.2022 r. przez Gminę Kołbaskowo, Kołbaskowo 106, 72-001 Kołbaskowo zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „p.z.p” albo „Pzp”.

W dniu 14.09.2022 r. (przy użyciu platformy zakupowej) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J.B. Partners A. T., ul. Pokoju 48, 71-739 Szczecin zwanej dalej: „J.B. Partners A. T.” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Jednocześnie została odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 3 NPzp - oferta A. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CORNER-HOUSE A. M., ul. Poczтовая 8 lok. U6 70-360 Szczecin zwanej dalej: „CORNER-HOUSE A. M.” albo „Odwołującym”. Stwierdził, że: „(...) Oferta nr 2 złożona w dniu 25.08.2022 r. przez Wykonawcę pn.: Corner-House A. M. z siedzibą w Szczecinie,

została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 201 r. Prawo Zamówień Publicznych. Wykonawca złożył ofertę w dniu 25.08.2022 r. za pośrednictwem platformazakupowa.pl, pod adresem:

Wykonawca zaoferował cenę brutto w wysokości 2042929,00 zł, w tym cenę netto w wysokości 1899587,04 zł, podatek VAT 143341 zł za realizację usługi. Zamawiający potwierdza, że ww. kwota brutto została prawidłowo wyliczona - zgodnie z zapisami swz. Natomiast przy zaoferowanej kwocie brutto przez Wykonawcę, Zamawiający nie jest w stanie określić jaką stawkę VAT zastosował Wykonawca i na jakiej podstawie została wyliczona cena netto wynikająca z polskiego prawodawstwa. Należy podkreślić, że zgodnie z orzecznictwem KIO zastosowanie błędnej stawki Vat stanowi błąd w obliczeniu ceny i taka oferta podlega odrzuceniu. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 29.08.2022 r. wezwał Wykonawcę o złożenie stosownych wyjaśnień w terminie do dnia 01.09.222 r. do godz. 15:30.

Oferent w formularzu ofertowym w pkt. 6 oświadczył, że podmiot trzeci udostępniający zasoby będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca nie wskazując zakresu realizacji zamówienia, które było wymagana przez Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 29.08.2022 r. wezwał Wykonawcę o uzupełnienie oświadczenia w terminie do dnia 01.09.222 r. do godz. 15:30.

Wykonawca zgodnie z zapisami swz do złożonej oferty dołączył potwierdzenie udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w formacie (.pdf) opatrzone podpisem zaufanym pełnomocnika Wykonawcy. Zgodnie z zapisami § 7 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje odpowiednio wykonawca udostępniający zasoby. Wobec powyższego Zamawiający w dniu 29.08.2022 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia prawidłowego złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w terminie do dnia 01.09.222 r do godz. 15:30.

Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XII ust. 1 pkt. 3) wymagał złożenia pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (tj. przy użyciu podpisu kwalifikowanego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym pełnomocnictwa lub inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), jeżeli w imieniu (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) działa osoba, której umocowanie do reprezentowania wynika z tych dokumentów. Wykonawca w treści zobowiązania podmiotu trzeciego poinformował, że na podstawie umowy między wykonawcą a podmiotem trzecim potwierdza wyrażone zobowiązanie. Zamawiający poinformował Oferenta, że ww. pełnomocnictwo zostało nieprawidłowo złożone, ponieważ zgodnie z § 7 ust. 3 Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje odpowiednio osoba umocowana do reprezentowania wykonawcy udostępniającego zasoby. Wobec powyższego Zamawiający w dniu 29.08.2022 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia prawidłowego złożenia pełnomocnictwa w terminie do dnia 01.09.222 r do godz. 15:30.

W dniu 01.09.2022 r. o godz. 13:22 wpłynęły do Zamawiającego wyjaśnienia za pośrednictwem platformazakupowa.pl, pod adresem:
w formacie (*.odt)

bez informacji, kto sporządził ww. wyjaśnienia jak i również ww. plik nie został złożony w oparciu o zapisy swz czyli w formie elektronicznej (tj. przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Zgodnie z § 3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej dokumenty elektroniczne przekazuje się w postępowaniu lub konkursie przy użyciu środków komunikacji elektronicznych wskazanych przez zamawiającego zgodnie z art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. Zamawiający ww. postępowaniu w Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazał w Rozdziale III ust. 2 pkt 2) że, podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych

środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy i wymagane zapisami SWZ składa się w formie elektronicznej (tj. przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Wobec powyższego Wykonawca Corner-House A. M. nie złożyła i nie uzupełniła prawidłowo i zgodnie z zapisami ustawy Pzp, Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz swz wyjaśnień treści oferty, co stanowi nieusuwalny błąd oferty.

W przedmiotowej sytuacji oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3.”.

Dnia 19.09.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem w/w czynności złożył CORNER-HOUSE A. M.. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej). Zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności z przepisami Ustawy, w tym z powodu rzekomego braku złożenia wyjaśnień, w przypadku gdy oferta jest złożona prawidłowo, a wyjaśnienia zostały Zamawiającemu złożone również prawidłowo,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty J.B. Partners A. T. z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia - ze względu na niedopuszczalną zmianę terminu wykonania zamówienia tj. sprzecznego z SWZ, a oświadczonego w formularzu ofertowym,

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty J.B. Partners A. T. z

powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia - ze względu określenie w formularzu ofertowym jednej zamiast zamiast dwóch cen jednostkowych posiłków oraz art. 223 ust. 1 Pzp poprzez dopuszczenie do zmiany (uzupełnienia) formularza ofertowego przez wykonawcę,

4) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez przyjęcie, iż oferta J.B. Partners A. T. zawiera prawidłową cenę i zaniechanie jej odrzucenia, mimo iż zawierała błąd w obliczeniu ceny tj. jej kalkulacja przedstawia dokonanie obliczeń z zastosowaniem 8% stawki podatku VAT od całości oferty, w przypadku gdy czynsz najmu powierzchni kuchennej objęty jest 23% stawką podatku VAT i jako taki powinien być uwzględniony w cenie oferty, gdyż czynsz najmu brał udział w obliczeniu ceny oferty, zgodnie z określonym w SWZ sposobem obliczenia ceny.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3) odrzucenia oferty J.B. Partners A. T.,

4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wezwanie wykonawcy najwyżej ocenionego do przedłożenia dokumentów podmiotowych i następnie ich

zweryfikowanie oraz podjęcie stosownych decyzji proceduralnych,

5) zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamówienie udzielane jest w trybie podstawowym na podstawie: art. 275 pkt 2 ustawy. Zamawiający nie przekazał Odwołującemu informacji, czy będzie prowadził negocjacje i nie jest znany wpływ okoliczności, które miały miejsce na dotychczasowy i przyszły (w wyniku odwołania) zamiar ich przeprowadzenia. Podstawowy okres wykonania zamówienia określono na 01.10.2022 r. do 09.08.2024 r., zaś zgodnie z informacją zawartą w rozdziale XVII SWZ "Cena oferty jest ceną ryczałtową. Cenę oferty należy obliczyć, uwzględniając całość wynagrodzenia Wykonawcy za prawidłowe wykonanie umowy a mianowicie cenę za 1 dzień wyżywienia x ilość dzieci x 23 miesiące (średnia ilość dni roboczych w miesiącu świadczonych usług wynosi 20) minus koszt najmu (stawka czynszu miesięcznego x 23 miesiące)." Jak wynika z OPZ, usługa będzie świadczona dla maksymalnie 250 dzieci przedszkolnych oraz 80 dzieci żłobkowych. Wobec tego, należy skalkulować, że wykonawca wykona 115.000 posiłków dla dzieci przedszkolnych (250 dziennie x 20 dni x 23 miesiące) oraz 36.800 sztuk posiłków dla dzieci żłobkowych (80 dziennie x 20 dni x 23 miesiące). Łączna liczba posiłków wynosi zatem 151.800 sztuk. Usługi żywienia są objęte stawką VAT

w wysokości 8%, a czynsz należny Zamawiającemu, który miał zmniejszać ogólną wartość ceny oferty jest objęty stawką VAT podstawową czyli 23%. Zgodnie z SWZ "Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług."

W postępowaniu złożono dwie oferty. Według zbiorczego zestawienia ofert dane przedstawiają się następująco:

- J.B. Partners - 2.051.439,00 zł,
- Corner-House - 2.042.929,00 zł.

Kryteria pozacenowe wykonawcy zaoferowali na maksymalnym poziomie i nie mają one wpływu na różnicowanie matematyczne oceny (hierarchii) ofert.

Formularz oferty wymagał podania następujących danych cenowych:

1. Oferuję wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w SWZ za cenę umowną: brutto:(słownie:) w tym cena netto:(słownie:.....) podatek VAT.....(słownie:) 1) cena stawki dziennej dla 1 dziecka w Przedszkolu-.....zł brutto (netto.....+ VAT.....)
- 2) cena stawki dziennej dla 1 dziecka w Żłobku - zł brutto (netto+ VAT.....).

Z formularzy cenowych przedstawionych przez wykonawców wynika, że:

- J.B. Partners: "1) cena stawki dziennej dla 1 dziecka - 13,98 zł brutto (netto 12,94+VAT 1,04)" - tj. ze wskazaniem odnośnika ad. "1)" ale bez określenia, którego rodzaju placówki dotyczy cena, powodując nieusuwalną wątpliwość.
- Corner-House: "1) cena stawki dziennej dla 1 dziecka w Przedszkolu - 14,77 zł brutto (netto 13,68 +VAT 8% czyli 1,09),
2) cena stawki dziennej dla 1 dziecka w Żłobku - 11,28 zł brutto (netto 10,44 +VAT 8% czyli 0,84)".

Zgodnie z wzorem umowy, czynsz należny Zamawiającemu wynosi 2.500,00 zł netto miesięcznie czyli 70.725,00 zł brutto w okresie 23 miesięcy. Jest to wartość pomniejszająca wynagrodzenie wykonawcy, a zarazem pomniejszająca cenę oferty (zgodnie ze sposobem obliczenia ceny globalnej oferty narzuconym przez Zamawiającego). Wobec tego, podczas kalkulacji ceny oferty, bazującej na cenach jednostkowych posiłków - iloczynnie: cen jednostkowych w poszczególnych rodzajach placówek oraz ilości posiłków w poszczególnych rodzajach placówek oraz ilości dni w miesiącu (dana podana przez Zamawiającego tj. 20) oraz ilości miesięcy (dana podana przez Zamawiającego tj. 23) Odwołujący uzyskał wartość pośrednią 2.113.654,00 zł jako sumę sprzedanych usług ze stawką VAT 8%. Zgodnie z SWZ, której treść przytoczono powyżej (tekst pogrubiony) cenę globalną (podlegającą porównaniu) należy podać jako wartość ostateczną, czyli od wartości uzyskanej z ww. iloczynu należy odjąć wartość czynszu należnego Zamawiającemu, czyli 70.725,00 zł brutto, co będzie objęte stawką VAT 23%. Stąd, podana ogólna cena oferty Odwołującego wynosiła prawidłowo 2.042.929,00 zł. Jednakże, wartość podatku VAT, obliczona również prawidłowo wynosiła 143.341,96 zł, gdyż od wartości VAT posiłków 156.566,96 zł (8% wartości ceny netto posiłków) odjęto 13.225,00 zł (23% wartości netto globalnego czynszu tj. 2.500,00 zł x 23 miesiące x 23%). W wyniku tych działań podano prawidłowe wartości: netto, VAT oraz cenę brutto. Cena netto oferty wynosi 1.899.587,04 zł.

Sposób kalkulacji oferty Odwołującego (jedyne prawidłowe) przedstawia tabela poniżej:

		placówka	ilość posiłków	cena jedn. brutto	dni	m-c	posiłki brutto	ilości łączne	
		przedszkole	250	14,77 Zł	20	23	1 698 550,00 Zł	115000	
		żłobek	80	11,28 Zł	20	23	415 104,00 Zł	36800	
							2 113 654,00 Zł	151800	
		posiłki							
		brutto	podatek	netto	%VAT				
		2 113 654,00 Zł	156 566,96 Zł	1 957 087,04 Zł	8				
		minus czynsz							
czynsz netto m-c	m-ce	brutto	podatek	netto	%VAT				
2 500,00 Zł	23	70 725,00 Zł	13 225,00 Zł	57 500,00 Zł	23				
		=							
		dane globalne do formularza (posiłki minus czynsz)							
		brutto	podatek	netto					
		2 042 929,00 Zł	143 341,96 Zł	1 899 587,04 Zł					
		w tym 8 oraz 23%							

Co do oferty Odwołującego:

Zamawiający pismem z dnia 29.08.2022 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień m.in. w spornym zakresie tj. w zakresie zastosowanego w ofercie sposobu obliczenia ceny. Według Zamawiającego, zrodziły się u niego wątpliwości odnośnie - tak ostatecznie - co do zastosowanej stawki VAT. Przedstawił w swoim wezwaniu trzy warianty powszechnych stawek podatku, wskazując jak gdyby, że żadna z nich nie pasuje do podanych wartości w ofercie. Wezwanie to było całkowicie zbędne. Wykonawca udzielił jednak Zamawiającemu odpowiedzi. W pierwszej kolejności wskazał należy, że już z treści tego wezwania ujawnia się ewidentnie, że Zamawiający nie rozumiał poczynionych przez siebie ustaleń w treści SWZ (co do sposobu obliczenia ceny). Gdyby Zamawiający, badając ofertę, pamiętał, że określił przecież specyficzny sposób obliczenia ceny i polecił wykonawcom odjęcie ceny czynszu od uzyskanych wartości w zakresie oferowanych posiłków to jego wezwanie nie zostałoby sporządzone w ten sposób. Podane w wezwaniu warianty obliczenia ceny oferty nie wskazują w ogóle, że Zamawiający (doszukując się sposobu obliczenia zastosowanego przez wykonawcę) odejmuje wartość czynszu. Gdyby natomiast o tym pamiętał, wezwanie nie zostałoby w ogóle wystosowane. Odejmując przecież od wartości 2.113.654,00 zł czynsz

tj. 70.725,00 zł uzyskuje się wartość 2.042.929,00 zł. Zamawiający nie dość, że zapomniał, iż polecił w SWZ pomniejszenie ceny oferty o czynsz, to nie zdawał sobie sprawy z faktu, iż czynsz objęty jest stawką VAT 23%, a poddając kontroli wyliczenia wykonawców należy przeprowadzić szczegółowe obliczenia, przedstawione w powyższej tabeli. W dniu 01.09.2022 r., w terminie zakreślonym przez Zamawiającego udzielono odpowiedzi, odnoszącej się do spornego sposobu obliczenia ceny oferty. Wskazano na powyższe okoliczności, które motywowały Odwołującego do poszczególnych działań matematycznych, zgodnych z SWZ. Pismem z dnia 14.09.2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wskazał, że choć cena oferty została wyliczona jednak prawidłowo, to Zamawiający nie jest w stanie określić jaką stawkę podatku zastosował Odwołujący (!). Obydwa stwierdzenia wykluczają się wzajemnie. Z jednej strony przyznano, że cena oferty jest prawidłowo wyliczona, czyli cały ciąg działań matematycznych został uznany za słuszny, w tym podatek będący przecież jego częścią. Z drugiej jednak strony, Zamawiający wskazuje, iż nie wie jaki Odwołujący zastosował podatek. Nie jest więc wiadome, w jaki sposób Zamawiający stwierdził, że kwota brutto wyliczona jest prawidłowo, gdyż wartość ta zawiera przecież podatek. Stawkę podatku wskazywał natomiast formularz oferty, gdzie przy każdej cenie jednostkowej posiłku określono, iż zawiera ona 8% VAT. Mając zatem cenę jednostkową posiłku i zastosowaną stawkę (która jest prawidłowa i niekwestionowana), czyli wartości kosztorysowe, Zamawiający mógł wyliczyć prawidłową cenę oferty, w tym wartość netto i podatku. Na wypadek stwierdzenia omyłki rachunkowej, mógł także (i był zobowiązany) zastosować procedurę jej poprawy. Zamawiający nie poprawił ceny oferty

według swojego uznania, dysponując kosztorysem bazowym dla uzyskania ceny oferty.

W przypadku zastosowania procedury poprawy ceny, Odwołujący miałby możliwość wniesienia odwołania od takiej czynności, gdyż takiej omyłki w ofercie Odwołującego w istocie jednak nie było, a cenę wskazano prawidłowo. Zamawiający dysponował także wyjaśnieniami Odwołującego.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia (złożone w istocie na zbędne wezwanie) nie zostały złożone, gdyż nie zawierały podpisu. Natomiast, złożone wyjaśnienia zawierały się w dokumencie w formacie *odt, czyli zgodnym z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych. Na gruncie przepisów ustawy Pzp wymóg komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w powiązaniu z zasadą pisemności oznacza, że korespondencja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami musi obejmować oświadczenia i dokumenty sporządzone w postaci elektronicznej. Jedynie dla niektórych elementów korespondencji, takich jak oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału

10

w postępowaniu lub w konkursie, wnioski, o których mowa w treści art. 371 ust. 3 ustawy Pzp, albo też w przypadku oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i art. 63 ustawy Pzp, poza koniecznością sporządzenia w postaci elektronicznej, została zastrzeżona szczególna forma ich złożenia (forma elektroniczna pod rygorem nieważności). Tylko w takich przypadkach dla ważności złożenia oświadczenia wymagane jest jego opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy tym, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne na potrzeby złożenia oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie, oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp jako wystarczające uznał ustawodawca złożenie ich, także pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Szczególna forma zatem nie będzie wymagana w przypadku składania wyjaśnień, gdyż dla tego rodzaju oświadczenia nie została ona zastrzeżona. Zgodnie z § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej, wyjaśnienie mogło zostać sporządzone w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 Ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub też jako tekst, wpisany do wiadomości przekazywanej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, o których mowa w § 3 ust. 1 Rozporządzenia. Zamawiający nie kwestionuje przecież, że wyjaśnienia zostały przesłane prawidłowo, przez Platformę Zakupową. Czyni zarzut braku podpisu. Nie miał natomiast wątpliwości, że wyjaśnienia wraz z dokumentem zostały przesłane z prawidłowego konta wykonawcy. Nie może więc podnosić, że nie wie od kogo pochodzą. Zostały przez niego odczytane i zasadniczo faktycznie naprowadziły go na prawidłowy sposób wyczenia ceny oferty, potwierdzając, że oferta Odwołującego została skalkulowana prawidłowo, odmiennie od sposobu obliczenia ceny oferty zastosowanego przez konkurenta Odwołującego. Wyjaśnienia spełniły swoją funkcję, naprowadzającą Zamawiającego na prawidłowy tok analizy ceny jak i dokumentów, w pełnej rozciągłości jego wątpliwości. Wyjaśnienia Odwołującego odnosiły się także do pozostałych kwestii poruszonych w wezwaniu, tj. pktu 2, 3 i 4. Wskazano w ich treści, że: (...)

2) Wątpliwości Zamawiającego w zakresie podwykonawstwa są niesłuszne. Zobowiązanie podmiotu trzeciego determinuje obowiązek brania udziału przez ten podmiot w wykonaniu zamówienia. Zakres udostępnianych zasobów musi być zgodny ze złożonym zobowiązaniem i pokrywać się z częścią zamówienia, która będzie wykonywana (zakres udziału podmiotu trzeciego). Informacja "Tylko uczestnictwo ww. podmiotu trzeciego." nie musiałaby w ogóle znajdować się w treści oferty. Jest to pewnego rodzaju automatyczny udział, niezależny od woli Wykonawcy, więc wskazanie to należy traktować informacyjnie, jako coś oczywistego.

3) Podpis na dokumencie zobowiązania podmiotu trzeciego jest prawidłowy. Po pierwsze dokument taki, podpisany przez podmiot trzeci, opatruje kolejnym podpisem właśnie wykonawca i wynika to z przepisów wykonawczych Pzp. Po drugie - niezależnie od tego podmiot trzeci udzielił pełnomocnictwa (w dokumencie zobowiązania) Wykonawcy, aby ten reprezentował go przed Zamawiającym, a przepisy nie wprowadzają w tym zakresie ograniczeń. Zgodnie ze wskazaną podstawą prawną, którą Zamawiający błędnie cytuje, przedmiotowego środka dowodowego, dokumentu, o którym mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, lub zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby - odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Nie ma tu mowy o podpisie podmiotu trzeciego.

Dodatkowo, odpowiadając na punkt 4 wezwania, wraz z wyjaśnieniami złożono po raz drugi dokument "Potwierdzenie udostępniania zasobów" tj. z poświadczeniem notarialnym elektronicznym. Wyjaśnienia Odwołującego czyniły zadość całemu wezwaniu Zamawiającego.

Zamawiający nie w pełni wyartykułował, jakie zastrzeżenia czyni ofercie Odwołującego. Nie uczynił tego na pewno także w odniesieniu do skonkretyzowanej podstawy prawnej. Stąd, powyższe wyjaśnienia czyni się z ostrożności.

Wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty tj. art. 226 ust. 1 pkt 3

Pzp nie posiadała uzasadnienia faktycznego, które powinno wynikać z pisma Zamawiającego, w którym poczyniono natomiast uzasadnienie wskazujące w istocie, iż oferta nie jest niezgodna z przepisami ustawy, a zawiera jak gdyby błąd w obliczeniu ceny w wyniku tego, że wyjaśnień nie można uznać za złożone, gdyż nie zawierały podpisu. Odrzucenie to nie zawierało w istocie uzasadnienia faktycznego, a odnoszącego się do wskazanej podstawy prawnej. Reasumując, podstawa prawna nie korespondowała z przytoczonymi okolicznościami i na odwrót. Uwzględniając powyższe, oferta była kompletna i prawidłowa, stąd zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, także w kontekście art. 253 ust. 1 Pzp - w odniesieniu do braku wyartykułowania prawidłowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia - okazał się konieczny. Uzasadnienie faktyczne jest koniecznym elementem decyzji Zamawiającego i musi korespondować z podstawą prawną.

Co do oferty J.B. Partners:

Odwolujący uważa, że oferta drugiego z wykonawców podlega odrzuceniu, z następujących powodów. Po pierwsze, treść tejże oferty proponowała wykonanie zamówienia w okresie 2 lat, czyli 24 miesięcy, a nie - zgodnie z dokumentami zamówienia i wolą Zamawiającego -

w okresie 01.10.2022 r. do 09.08.2024, czyli w terminie krótszym, gdzie na potrzeby

obliczenia ceny przyjęto 23 miesiące usługi. Wykonawca, czyniąc wzmiankę "cena za 2 lata świadczenia usługi" w formularzu oferty spowodował, iż podlegała ona odrzuceniu ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Nie jest wiadome, jaka była ostateczna intencja wykonawcy tzn. czy wykonawca ten np. błędnie zrozumiał dokumenty zamówienia i oferował usługę, sądząc, że będzie ją realizował 2 lata, jako termin wymagany, czy też potrzebuje 2 lat na jej wykonanie co sugeruje w formularzu, mimo iż można przypuszczać, że przyjął prawidłową liczbę jednostek (ilość posiłków). Można przyjąć wiele wariantów w zakresie tego, co miał wykonawca na myśli, wskazując, że usługę zastrzegą świadczyć przez 2 lata. Niedopuszczalna wzmianka przeczyła dokumentom zamówienia. Sugerowała bowiem oferowanie świadczenia, które ma zostać wykonane w terminie niezgodnym z warunkami zamówienia. Uszło to uwadze Zamawiającego, który pominął tą kwestię badając ofertę.

Po drugie, formularz oferty nie zawiera, zgodnie z dokumentami zamówienia dwóch cen jednostkowych kosztorysu, ze względu na posiłki wyceniane odrębnie dla Przedszkola jak i Żłobka. Zawiera wprawdzie jedną cenę, ale nie odnoszącą się do skonkretyzowanego rodzaju placówki. Bez względu na dalsze rozważania, wykonawca nie wskazał dwóch różnych lub dwóch takich samych cen jednostkowych. Zamawiający, w dniu 06.09.2022 r. wezwał tegoż wykonawcę pismem "Żądanie od wykonawcy wyjaśnień i uzupełnienia treści oferty", czym naruszył ustawowy zakaz zmiany treści oferty, o którym mowa w art. 223 ust. 1 Pzp. Jak wynika z udostępnionych dokumentów, wykonawca J.B. Partners złożył dokument datowany na 07.09.2022 r. (godz. 22:09:11) "oświadczenie wykonawcy o cenie usługi" bez treści merytorycznej oraz dalej - nowy formularz ofertowy, podpisany po terminie składania ofert tj. 07.09.2022 r. (godz. 22:12:10), gdzie po zapoznaniu się z drugą ofertą, doprecyzował, iż "cena dotyczy dziecka uczęszczającego zarówno do przedszkola jak i do żłobka". Ponadto, przedkładając drugi formularz, postawiono znak X w zakresie wyboru odpowiedzi przy danych odnośnie kryteriów pozacenowych. Wątek ten był także przedmiotem korespondencji Zamawiającego i tego wykonawcy.

Po trzecie, wskazać należy, że cena ww. oferty zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca obliczył cenę oferty, uwzględniając w kalkulacji 8% stawki VAT, także w odniesieniu do czynszu najmu, który brał udział w kalkulacji, zgodnie z SWZ. Z analizy treści oferty wynika, że wykonawca uzyskał cenę 2.051.439,00 zł poprzez przemnożenie ilości posiłków 151.800 sztuk i ceny 13,98 zł. Od tej wartości pośredniej odjął 70.725,00 zł tytułem czynszu, stosując przy tym nieprawidłowo 8% podatku. W związku z tym, że podatek nalicza się od wartości usługi netto, która po powiększeniu o VAT, daje wartość brutto, należy uznać, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu. Nie ulega wątpliwości, że czynsz będzie fakturowany i rozliczany w stawce podstawowej 23%, a nie jak wynika z oferty, według stawki 8%. Taką stawką obniżoną objęta jest jedynie usługa wyżywienia. Dlatego, obliczając wprost wartości podane w ofercie uwidacznia się jednoznacznie, że nie zastosowano stawki mieszanej - odpowiednio 8 i 23 % VAT, a jedynie 8% VAT od całości ceny netto. Z otrzymanej dokumentacji od Zamawiającego nie wynika jakoby zauważył on ten błąd.

Podniósł, że Zamawiający nierówno traktuje wykonawców. Z jednej strony pozwolił poprawić formularz ofertowy ww. wykonawcy, w zakresie cen jednostkowych (bazowych dla ceny oferty) naruszając rażąco przepisy ustawy, a z drugiej strony, uważając, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, nie zastosował procedury poprawienia omyłki rachunkowej w jego ofercie, mimo, iż w jej treści wskazano przy cenach jednostkowych stawki podatku. Od tych przecież prawidłowych wartości bazowych można byłoby

zasadniczo "wyjść", aby poprawić cenę ogólną oferty. Przykład ten ma na celu zobrazowanie niejednorodności w traktowaniu wykonawców (nierówne traktowanie). Nie należy jednak zapominać, iż oferta Odwołującego w rzeczywistości błędnie w obliczeniu ceny nie zawierała. Przykład obrazuje jednak jak różne może być postępowanie Zamawiającego, w zależności od tego, którą ofertę chciał wybrać jako najkorzystniejszą, mając większe tendencje w skłonnościach rozszerzających przychylną ku obecnemu wykonawcy usługi.

Na marginesie wskazał, że bez względu na sposób wyliczenia ceny globalnej ofert wykonawców, oferta odwołującego przedstawiała niższą cenę za posiłki, jako parametr wyjściowy do dalszych obliczeń. Jak wynika z obliczeń, średnia cena jednego posiłku oferowanego przez Odwołującego (wyliczając z łącznej ilości 151.800 sztuk) wynosi 13,92 zł. Jeżeli nawet, niewyraźną jednoznacznie, wolą drugiego z wykonawców było zaoferowanie tej samej ceny na posiłki dla obydwu rodzajów placówek to cena ta była wyższa od Odwołującego i wynosiła według treści jego oferty 13,98 zł. Cena oferty Odwołującego, zarówno globalnie - w ujęciu całego okresu wykonania, jak i cena jednostkowa jednego posiłku jest niższa od oferty drugiego wykonawcy.

Zamawiający w dniu 20.09.2022 r. (przy użyciu platformy zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.09.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) J.B. Partners A. T. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: J.B. Partners A. T.. W ramach stanowiska wskazano: „(...) Nasza oferta zgodnie z

zamówieniem została obliczona poprzez zastosowanie wyliczenia prawidłowej formy opodatkowania tj catering 8% VAT, czynsz 23% VAT więc nie mamy sobie w tej kwestii nic do zarzucenia. Firma Comer house złożyła papiery w sposób nieprawidłowy nie podpisując każdego z nich podpisem zaufanym, co jednoznacznie wskazywał zamawiający i taką wiedzę można było uzyskać zarówno na platformie zakupowej jak i bezpośrednio u zamawiającego. Dotyczyło to każdego złożonego dokumentu i powoływanie się na przepisy nie ma żadnego związku skoro postępowanie przetargowe jednoznacznie to precyzowało. Ponadto firma Comer house powołując się na użyczenie zasobów w postaci doświadczenia kucharza jak i wykonania wcześniejszych usług wg wymagań zamawiającego pozostawia wiele wątpliwości co do stanu faktycznego. Takie niejasności nie występują w naszej ofercie. Złożenie naszej oferty zostało potwierdzone stosownymi oświadczeniami dotyczącymi formy wyliczenia kwoty zapłaty za posiłki, dostanie oświadczenia co do wątpliwości czy stawka dotyczy wszystkich dzieci tj żłobka i przedszkola nie miało wpływu na złożoną ofertę. Jednocześnie stwierdzam że firma J.B.Partners A. T. nie miała i nie ma żadnych kontaktów z osobami prowadzącymi postępowanie przetargowe co wyklucza sztuczne faworyzowanie podnoszone przez oponenta. W związku z tym istnieje ryzyko narażenia naszej firmy na utratę powyższego kontraktu jak i inwestycji poczynionych w celu jego realizacji (...)

W dniu 26.09.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 29.08.2022 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp wezwał Wykonawcę Corner-House A. M. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia treści oferty w terminie do dnia 08.09.2022r. do godz. 15:30 dotyczących:

- 1) treści złożonej oferty,
- 2) innych składanych dokumentów lub oświadczeń, o następującej treści:

„1. U zamawiającego zrodziły się wątpliwości odnośnie do oświadczenia wykonawcy zawartego na s. 2 w pkt I dot. zaoferowanej ceny umownej w wysokości brutto: 2.042.929, 00 zł, w tym cena netto: 1.899.587,04 zł, podatek VAT 143 341,96 zł.

Zamawiający informuje, że zgodnie z wyliczeniami rachunkowymi przy łopocie 2.042.929, 00 zł brutto kwota netto i vat jest następująca:

23% VAT to 382.011,11 zł, a kwota netto: 1.660.917,89 zł
8% VAT to 151.328,07zł, a kwota netto: 1.891.600,93 zł
5% VAT to 97.282,33, a kwota netto: 1.945.646,67zł

Wobec rozbieżności w treści oferty, Zamawiający prosi o złożenie przez wykonawcę

stosownych wyjaśnień.

2. U zamawiającego zrodziły się wątpliwości odnośnie do oświadczenia wykonawcy zawartego na s. 3 pkt. 6, które brzmi:

6. Oświadczam, że powierzymy niżej wymienionym podwykonawcom wykonanie niżej wskazanych części zamówienia:

Lp.	Firma (nazwa) podwykonawcy	Część (zakres) zamówienia
1.	Tylko uczestnictwo ww. podmiotu trzeciego.	

(należy wypełnić, jeżeli wykonawca przewiduje udział podwykonawców, w przypadku samodzielnej realizacji zamówienia, należy wpisać: nie dotyczy).

Uwaga - w przypadku braku wypełnienia tabeli oznacza, że wykonawca nie przewiduje udziału podwykonawców w realizacji zamówienia

Zamawiający stwierdza, że ww. oświadczenie jest niekompletne, brak wpisu w części (zakresu) zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający wzywa do uzupełnienia oświadczenia.

3. Zamawiający w Rozdziale VI SWZ poinformował, że Wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby. Wykonawca dołączył ww. zobowiązanie podmiotu trzeciego podpisane podpisem zaufanym przez pełnomocnika Wykonawcy.

Zamawiający informuje, że ww. zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało nieprawidłowo złożone. Zgodnie z 7 ust. 3 Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje odpowiednio wykonawca udostępniający zasoby.

Wobec powyższego Zamawiający wzywa do uzupełnienia prawidłowego złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego.

4. Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XII ust. 1 pkt 3) wymagał złożenia pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (tj. przy użyciu podpisu kwalifikowanego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym pełnomocnictwa lub inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), jeżeli w imieniu (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) działa osoba, której umocowanie do reprezentowania wynika z tych dokumentów. Wykonawca w treści zobowiązania podmiotu trzeciego poinformował, że na podstawie umowy między wykonawcą a podmiotem trzecim potwierdza wyrażone zobowiązanie. Zamawiający informuje, że ww. pełnomocnictwo zostało nieprawidłowo złożone. Zgodnie z § 7 ust. 3 Rozporządzeniem

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje odpowiednio osoba umocowana do reprezentowania wykonawcy udostępniającego zasoby.

Wobec powyższego Zamawiający wzywa do uzupełnienia prawidłowego złożenia pełnomocnictwa.

Niedostarczenie przez wykonawcę żądanych wyjaśnień i uzupełnień do dnia 01.09.2022 r., do godz. 15:30 spowoduje zbadanie oferty wykonawcy tylko na podstawie posiadanych przez zamawiającego danych, dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie.

Jednocześnie zamawiający informuje, że zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie p.z.p. niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty z wyjątkiem poprawy omyłek, co zostało unormowane w art. 223 ust. 2 p.z.p.”.

1. Wykonawca Corner-House A. M. przesłał do Zamawiającego we wskazanym terminie poprzez platformę zakupową wyjaśnienia w postaci pliku *odt. oraz kopię elektroniczną Nr

rep. A. 6584-2022 w postaci pliku pdf.

Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że plik w formacie *odt. jest zgodny z Obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 09.11.2017 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych. Jednakże Zamawiający zwraca uwagę, że należy odróżnić dokument w postaci pliku edytowalnego składanego w procesie postępowania, do którego nie są wymagane formy opatrzone podpisem elektronicznym od dokumentu w postaci pliku edytowalnego jako oświadczenia woli, w odniesieniu do którego są wymagane formy opatrzone podpisem elektronicznym. Zamawiający w wezwaniu wyraźnie wskazał Wykonawcy, że są to wyjaśnienia do treści złożonej oferty, jak i również uzupełnienia treści oferty, a więc dotyczą one oświadczenia woli Oferenta odnośnie kształtu oferty realizacji zamówienia publicznego, które należy podpisać w formie elektronicznej bądź w postaci elektronicznej.

Jak sam Odwołujący wskazał „na gruncie przepisów ustawy Pzp wymóg komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w powiązaniu z zasadą pisemności oznacza, że korespondencja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami musi obejmować oświadczenia i dokumenty sporządzone w postaci elektronicznej. Jedyne dla niektórych elementów korespondencji, takich jak oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie, wnioski, o których mowa w treści art. 371 ust. 3 ustawy 17

Pzp, albo też w przypadku oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i art. 63 ustawy Pzp, poza koniecznością sporządzenia w postaci elektronicznej, została zastrzeżona szczególna forma ich złożenia (forma elektroniczna pod rygorem nieważności). Tylko w takich przypadkach dla ważności złożenia oświadczenia wymagane jest jego opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy tym, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne na potrzeby złożenia oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie, oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP jako wystarczające uznał ustawodawca złożenie ich, także pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”. A zatem w naszym przypadku wyjaśnienia dotyczące treści oferty powinny zostać opatrzone podpisem elektronicznym przez Odwołującego lub osobę umocowaną. Należy przy tym wspomnieć, że Zamawiający w Rozdziale III ust. 2 swz jednoznacznie wskazał wymagania techniczne i organizacyjne sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej :

1) Ofertę i oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, składa się, pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (tj. przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

2) Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy i wymagane zapisami SWZ składa się w formie elektronicznej (tj. przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Zgodnie z art. 61 p.z.p., komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. O rodzaju środków komunikacji elektronicznej decyduje zamawiający, zamieszczając przedmiotowe informacje, zgodnie z dyspozycją art. 67 p.z.p., w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia.

W sytuacji, gdy zamawiający wskazał określony sposób komunikacji elektronicznej, wykonawca nie może samodzielnie zmieniać sposobu przekazywania informacji niż wskazany w Specyfikacji Warunków Zamówienia, tak więc wyjaśnienia złożone w inny niż

wymagany przez Zamawiającego sposób nie wywołują skutku prawnego - są niezgodne z warunkami zamówienia.

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że plik *odt. jako wyjaśnienia zostały przesłane ze skrzynki mailowej zarejestrowanej na platformie zakupowej jako firma Corner-House A. M., ale to wcale nie oznacza to, że wyjaśnienia sporządziła osoba umocowana do ich składania. Treść wyjaśnień mogła złożyć każda osoba-pracownik mająca dostęp do

skrzynki mailowej. Na tej podstawie Zamawiający stwierdza, że wyjaśnienia nie są oświadczeniem woli Pani A. M. jako właściciela firmy, nie są dla niej prawnie wiążące, jako niepodpisane w wymaganym sposób. W związku z powyższym Zamawiający

uznał, że nie otrzymał żadnych wyjaśnień i uzupełnień do treści oferty, a więc zbadał ofertę Wykonawcy tylko na podstawie posiadanych przez zamawiającego danych, dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie, czyli:

a) zaoficerowana kwota przez Odwołującego na realizację zamówienia wynosi: brutto: 2.042.929,00 zł, w tym cena netto: 1.899.587,04 zł, podatek VAT 143 341,96 zł. Z powyższych kwot nie da się wyliczyć żadnej z ustawowych stawek podatku VAT. Tak jak zamawiający stwierdził w wezwaniu do złożenia wyjaśnień kwota brutto została prawidłowo policzona zgodnie z zapisami swz. Wyliczona kwota nie posiada już kosztów najmu (czyli 23% vat), jest finalną ceną za usługę żywieniową. W związku z powyższym należy prawidłowo zastosować stawkę 8% vat. W odwołaniu do Prezesa KIO Wykonawca wykazał, że do zaoficerowanej kwoty brutto zastosował podatek vat „mieszany” (częściowo 8% i 23%), który w takim razie jest niezgodny z naszym prawem. Chociażby ze względu na to, że Wykonawca nie mógłby wystawić rachunku bądź faktury za zamówione usługi z vat „mieszany” dla rodziców. Należy podkreślić, że zgodnie z orzecznictwem KIO zastosowanie błędnej stawki Vat stanowi błąd w obliczeniu ceny i taka oferta podlega odrzuceniu. Zastosowanie „mieszanej” stawki vat-u stanowi nieusuwalny błąd oferty. Błąd w obliczeniu ceny, który powoduje konieczność odrzucenia oferty, występuje wtedy, gdy weryfikując ofertę zamawiający napotyka na taki jej kształt, którego błędy nie mogą zostać naprawione w toku postępowania. Ponadto, Zamawiający nie miał wiedzy, że Wykonawca zastosował „mieszany” vat, na czym to „mieszanie” konkretnie polegało i dlatego nie mógł wystąpić do Odwołującego z poprawieniem omyłki rachunkowej.

Zamawiający chce podkreślić, że oferta drugiego Wykonawcy jest obliczona z 8% vat (zaoficerowana kwota na realizację zamówienia wynosi: brutto: 2.051439,00 zł, w tym cena netto: 1.899480,56 zł, podatek VAT 151 958,44 zł), a więc zapisy w dokumentacji przetargowej nie były niezrozumiałe, można było je arytmetycznie zweryfikować.

Ponadto na etapie prowadzonego postępowania każdy potencjalny Wykonawca, mógł w wyznaczonym czasie zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia treści swz. Firma

19

Corner-House A. M. tego nie uczyniła, czyli zapisy dokumentów przetargowych były dla niej poprawne i zrozumiałe.

Podkreślił, że na rozpoczęcie roku przedszkolno-żłobkowego konieczne jest jak najszybsze rozstrzygnięcie postępowania, dlatego Zamawiający nie ponawiał wezwań do wyjaśnień.

b) oświadczenie dot. realizacji zamówienia przez podwykonawcę, nie zostało uzupełnione zgodnie wymogami swz Rozdział VII ust. 3. Dla Zamawiającego miało to istotne znaczenie ponieważ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. w zakresie przygotowania i wydawania posiłków. Odwołujący wskazał tylko w części rubryki odnoszącej się do podania nazwy podwykonawcy „Tylko uczestnictwo ww. podmiotu trzeciego” jednakże bez wskazania zakresu uczestnictwa, co umożliwiłoby weryfikację, czy uczestnictwo to dotyczy kluczowych części zamówienia.

W treści zobowiązania podmiotu trzeciego, które wpłynęło do Zamawiającego razem z ofertą Odwołującego widnieje m.in. zapis, że ów podmiot zapewni kadrę osobową do wykonania usługi na rzecz Zamawiającego oraz będzie oceniał jakość usługi oraz udzielał Odwołującemu wszelkiego bezpośredniego wsparcia na każdym etapie wykonywania czynności wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, czyli należałoby to rozumieć w ten sposób, że również udostępni Odwołującemu osoby przygotowujące posiłki, a więc powyższe sformułowania absolutnie nie wykluczają, że mielibyśmy tu do czynienia z zakresem czynności zastrzeżonych przez Zamawiającego jako obowiązek wykonania przez głównego Wykonawcę. Pozostałe zapisy w zobowiązaniu nie mają znamiona udziału bezpośredniego w realizacji zamówienia jako podwykonawca, ponieważ podmiot trzeci wskazuje, że oddelegowuje swoich pracowników do wykonywania zadań z zakresu szkoleń, konsultacji czy doradztwa. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że Odwołujący będzie realizował kluczowy przedmiot zamówienia, jakim jest przygotowanie i wydawanie posiłków z udziałem podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, co jest niezgodne z zapisami swz.

c) zobowiązanie podmiotu trzeciego wpłynęło wraz z ofertą w formie pdf. - cyfrowego odwzorowania dokumentu podpisane profilem zaufanym przez pełnomocnika Odwołującego - Katarzynę Konopską. Zamawiający stwierdził, że ww. zobowiązanie zostało złożone

nieprawidłowo, ponieważ w treści dokumentu widnieje zapis, że Udostępniający udziela pełnomocnictwa do złożenia wszelkich dokumentów, w tym oświadczeń, niezbędnych do uzyskania zamówienia, które zgodnie z Rozdziałem XII ust. 1 pkt. 3) Zamawiający wymagał złożenia pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (tj. przy użyciu podpisu kwalifikowanego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym pełnomocnictwa lub inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), jeżeli w imieniu (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) działa osoba, której umocowanie do reprezentowania wynika z tych dokumentów. W związku z powyższym zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym również zawarte jest udzielenie pełnomocnictwa powinno zostać podpisane w formie elektronicznej bądź w postaci elektronicznej bezpośrednio przez ten podmiot Udostępniający zasoby.

d) Oświadczenie o udostępnieniu zasobów oraz pełnomocnictwo podmiotu trzeciego do złożenia w jego imieniu wszelkich dokumentów, w tym oświadczeń niezbędnych do uzyskania zamówienia przez Odwołującego zostało złożone w formie pliku pdf. - cyfrowego odwzorowania dokumentu oraz plik ten poświadczono poprzez podpis profilem zaufanym samego pełnomocnika Odwołującego - Katarzynę Konopską. Zamawiający stwierdził, że pełnomocnictwo zostało złożone nieprawidłowo. Zgodnie z § 7 ust. 3 oraz § 6 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie poświadczona zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje odpowiednio mocodawca i w danym przypadku podmiot udostępniający zasoby, podpisując dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym bądź notariusz. W przedmiotowym przypadku takie poświadczenie nie miało miejsca w dokumencie złożonym wraz z ofertą. Natomiast poświadczenie przez notariusza miało miejsce w dokumencie złożonym wraz z wyjaśnieniami, które zostały złożone w formie nie podpisanej przez nikogo, zatem nie stanowią wraz z załącznikami dokumentu uwzględnianego w trakcie postępowania.

Reasumując w niniejszej sytuacji oferta Wykonawcy Corner-House A. M. zawiera niesuwalny błąd w ofercie i jest niezgodna z ustawą i zapisami swz, dlatego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3.

2. Wykonawca Corner-House A. M. zarzuca również Zamawiającemu, że nierówno traktuje Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie zgadza się z tym twierdzeniem ponieważ:

a) Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy pzp wezwał drugiego oferenta J.B. Partners A. T. z siedzibą w Szczecinie (tak samo jak i Odwołującego) do złożenia wyjaśnień i

uzupełnienia treści oferty z tym, że dotyczącej potwierdzenia (a nie poprawienia jak sugeruje Odwołujący) złożenia oświadczenia woli o określonej treści w złożonej ofercie. Przecież celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości bądź części oferty, które są niejasne, nieprecyzyjne, budzące wątpliwości interpretacyjne, tak aby była możliwa ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający wezwał firmę J.B. Partners A. T. do wyjaśnień poprzez potwierdzenie i uzupełnienie oświadczenia woli, że:

- stawka żywieniowa dla 1 dziecka w Przedszkolu i stawka żywieniowa dla 1 dziecka w Żłobku jest taka sama i wynosi 13,98 zł brutto. Stawka ta jako jedyna została podana w ofercie, a ponadto zgodnie z zapisami w S WZ dotyczącymi kwestii obliczyć cenę oferty (ilość dni, osób) wynika, że zaoferowana cena brutto 2 051 439,00 zł w formularzu ofertowym wykonawcy została wyliczona prawidłowo na podstawie jednakowej stawki dziennej dla 1 dziecka w Przedszkolu i dla 1 dziecka w Żłobku, która wynosi 13,98 zł brutto.

- Kucharz przygotował 1 posiłek z dietą bezmleczną, bezglutenową, wegańską i krzyżową. Ponieważ Wykonawca zamiast wpisać „X” w odpowiedniej kratce, którą przed właściwym tekstem usunął, po prostu wytłuszczył i podkreślił wybrany tekst.

- złożona oferta, nie prowadzi/prowadzi* do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Ponieważ w złożonej ofercie nie został zaznaczony odpowiednio zapis „nie prowadzi/prowadzi”

Wykonawca J.B. Partners A. T. przesłał wyjaśnienia w terminie potwierdzając oświadczenie woli poprzez platformę zakupową w formie osobnych oświadczeń w kilku plikach pdf. opatrzonych podpisem złożonym poprzez profil zaufany. Ze względu na fakt, że

niektóre pliki nie zawierały treści lecz same tytuły, dla uniknięcia kolejnych wątpliwości oraz bezpieczeństwa wysłał również swoje oświadczenia woli w postaci odpowiednio poprawionego w wątpliwych miejscach formularza ofertowego. Zamawiający wskazuje, że w ustawie pzp oraz aktach wykonawczych nie ma wskazań, w jaki sposób mają wyglądać ww. dokumenty. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że otrzymał jednoznaczne i wystarczające informacje dotyczące złożonej oferty tak aby była możliwa ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego. W tym przypadku sformułowany przez Odwołującego zarzut, że została zmieniona treść konkurencyjnej oferty jest bezzasadna. Jeżeli chodzi o sugestię Odwołującego że Zamawiający dopuszcza się uzupełnienia oferty, informuję, że jest to nieprawda, ponieważ uzupełnienie treści oferty przez firmę J.B. Partners w zakresie dotyczącym wskazania czy oferta prowadzi lub nie prowadzi do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego są takim samym skutkiem dla Odwołującego jak poprzez wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia treści oferty dotyczącego podwykonawców. Jak widać nie ma tu znamiona zmiany treści oferty lecz zgodnie z przepisami pzp jest tylko uzupełnieniem wobec nie złożenia stosownych oświadczeń przez obu oferentów w formularzu ofertowym.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że cena wskazana w formularzu Wykonawcy najwyżej ocenionego jest źle wyliczona z powodu zdania wskazanego i dopisanego na ofercie przez samego Wykonawcę w nawiasie „cena za 2 lata świadczenia usługi” jest nietrafny. Kwestionowane sformułowanie oferty ma charakter ogólny dotyczący terminu realizacji zamówienia. Sam Zamawiający wskazał taki termin we wzorze umowy załącznik nr 5 do swz w S 5 ust. 2: „Zamawiający przewiduje możliwość przedłużenia czasu wykonywania niniejszej umowy na kolejny rok lub 2 lata z Wykonawcą na warunkach zawartych w niniejszej umowie w formie aneksu do umowy za zgodą obu stron”. Zamawiający przypomina, że cena wskazana w formularzu ofertowym Wykonawcy w wysokości 2.051439,00 zł posiada wartość podatku vat (8%) 151.958,44 zł i cenę netto: 1.899480,56 zł. Bezsposornie należy stwierdzić, że cena Wykonawcy J.B. Partners wyliczona została poprawnie, zgodnie z zapisami swz, czyli cena za 1 dzień wyżywienia x ilość dzieci x 23 miesiące (średnia ilość dni roboczych w miesiącu świadczonych usług wynosi 20) minus koszt najmu (stawka czynszu miesięcznego x 23 miesiące). A zatem arytmetycznie można jednoznacznie zweryfikować, że w swoich obliczeniach oferent niewątpliwie zastosował jednolitą stawkę żywieniową za 1 dzień wyżywienia dla wszystkich dzieci oraz 23-miesięczny okres świadczenia usługi, czyli zgodnie z warunkami swz. Po drugie stawka czynszu najmu została prawidłowo odjęta w wysokości 70.725 zł (w tym podatek vat 23 a nie jak twierdzi Odwołujący ze stawką vat 8%). Po trzecie sugestia wyliczenia stawki mieszanej vat do wyliczonej prawidłowo globalnej ceny brutto nie jest zasadna, ponieważ w polskim ustawodawstwie nie posługujemy się tak wyliczonym podatkiem vat. Po czwarte Zamawiający nie ma takiego prawa i nie może zabronić Wykonawcy, aby wyliczył kwotę stawki żywieniowej w wysokości jednakowej dla dwóch placówek oświatowych. Jest to jego własna kalkulacja uwzględniająca całość wynagrodzenia Wykonawcy za prawidłowe wykonanie umowy. Zamawiający we wzorze formularza ofertowego wskazał osobne rubryki na cenę stawki dziennej dla 1 dziecka w Przedszkolu oraz Żłobku, ponieważ są to dwie odrębne instytucje zajmujące się dziećmi w różnym wieku oraz o różnych potrzebach żywieniowych, aczkolwiek znajdujące się w tym samym budynku i zasadne było umożliwienie odrębnej kalkulacji ceny posiłków dla obu grup dzieci zwłaszcza, że liczebność obu grup jest zmienna, a ponadto niezasadne byłoby założenie z góry, aby rodzice jednej z placówek dopłacali do ceny uiszczanej przez rodziców drugiej z placówek.

Co nie oznacza, że oferent powinien obligatoryjnie wykazać dwie różne stawki żywieniowe dla 1 dziecka w Przedszkolu oraz Żłobku, jeśli w wyniku własnej kalkulacji dojdzie do wniosku, iż zasadne jest wprowadzenie jednolitej stawki żywieniowej. W takiej sytuacji wskazanie tylko jednej, wspólnej stawki żywieniowej w ofercie było poprawne, a wezwanie Zamawiającego miało jedynie na celu rozwianie wszelkich wątpliwości odnośnie

23

treści oświadczenia woli złożonego przez oferenta. Zastosowanie jednolitej stawki dla dzieci obu placówek nie stanowiło z pewnością podstawy do odrzucenia oferty.

b) Zamawiający (jak wykazano wyżej) w całym postępowaniu traktował wszystkich Wykonawców jednakowo wzywając obu do złożenia wyjaśnień, zatem nie uznaje zarzutów, na jakie wskazuje Odwołujący, jakoby faworyzował Wykonawcę J.B.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Przystępujący nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadstanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ), oferty Przystępującego oraz Odwołującego, załączonego do oferty Odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego „potwierdzenia udostępnienia zasobów”, pełnomocnictwa z CEIIDG dla osoby podpisującej ofertę w imieniu właściciela Odwołującego, wezwania z 29.08.2022 r. skierowanego do Odwołującego, nieuznanej przez Zamawiającego odpowiedzi Odwołującego na wezwanie, zobowiązania podmiotu trzeciego „potwierdzenia udostępnienia zasobów” potwierdzonego przez notariusza podpisem elektronicznym, wezwania z 06.09.2022 r. skierowanego do Przystępującego, wyjaśnienia Przystępującego zawierającego m.in. oświadczenie dotyczące jednolitej ceny, jak i oświadczenia z formularza ofertowego oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie oraz odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji orzeczenia.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności z przepisami Ustawy, w tym z powodu rzekomego braku złożenia wyjaśnień, w przypadku gdy oferta jest złożona prawidłowo, a wyjaśnienia zostały Zamawiającemu złożone również prawidłowo,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty J.B. Partners A. T. z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia - ze względu na niedopuszczalną zmianę terminu wykonania zamówienia tj. sprzecznego z SWZ, a oświadczonego w formularzu ofertowym,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty J.B. Partners A. T. z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia - ze względu na określenie w formularzu ofertowym jednej zamiast dwóch cen jednostkowych posiłków oraz art. 223 ust. 1 Pzp poprzez dopuszczenie do zmiany (uzupełnienia) formularza ofertowego przez wykonawcę,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez przyjęcie, iż oferta J.B. Partners A. T. zawiera prawidłową cenę i zaniechanie jej odrzucenia, mimo iż zawierała błąd w obliczeniu ceny tj. jej kalkulacja przedstawia dokonanie obliczeń z zastosowaniem 8% stawki podatku VAT od całości oferty, w przypadku gdy czynsz najmu powierzchni kuchennej objęty jest 23% stawką podatku VAT i jako taki powinien być uwzględniony w cenie oferty, gdyż czynsz najmu brał udział w obliczeniu ceny oferty, zgodnie z określonym w SWZ sposobem obliczenia ceny.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale co do dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. Do tych kwestii Izba odniesie się przy omawianiu poszczególnych zarzutów.

Izba dodatkowo wskazuje na Rozdz. III ust. 2 SWZ:

„(..)2. Wymagania techniczne i organizacyjne sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej:

1) Ofertę i oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, składa się, pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (tj. przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

2) Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy i wymagane zapisami S WZ składa się w formie elektronicznej (tj. przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

3) Sposób sporządzenia podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie oraz w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy.

Nadto, na Rozdz. VII:

„(..) 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).

2. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. przygotowanie i wydanie posiłków ww. placówkach oświatowych.

3. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców — załącznik nr 1 do SWZ (...). Podobnie, na Rozdz. XII:

„(...) 1. Dokumenty wymagane przez zamawiającego, które należy złożyć razem z ofertą pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (tj. przy użyciu podpisu kwalifikowanego) lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, to:

1) formularz oferty według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ;

2) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania - zgodnie z załącznikiem nr 2, 2a i 3 do SWZ,

3) pełnomocnictwa lub inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), jeżeli w intencji (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) działa osoba, której umocowanie do reprezentowania wynika z tych dokumentów; (...). Dodatkowo, na Rozdz. XVII - Sposób obliczenia ceny oferty:

„ (...) 1. Cena oferty jest ceną ryczałtową. Cenę oferty należy obliczyć, uwzględniając całość wynagrodzenia Wykonawcy za prawidłowe wykonanie umowy a mianowicie cenę za 1 dzień wyżywienia x ilość dzieci x 23 miesiące (średnia ilość dni roboczych w miesiącu świadczonych usług wynosi 20) minus koszt najmu (stawka czynszu miesięcznego x 23 miesiące). Wykonawca jest zobowiązany skalkulować na podstawie wszelkich wymogów związanych z realizacją zamówienia oraz opcją przedłużenia czasu wykonywania niniejszego zadania na kolejny rok lub 2 lata.

2. Cena ofertowa musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty, a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, które można było przewidzieć w chwili składania oferty, z wyjątkiem okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. oparta na rachunku ekonomicznym Wykonawcy

3. Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Uwaga! Zgodnie z ust. 1 Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005 r. (Dz. Urz. GUS 2005 1.11) w sprawie trybu udzielenia informacji dotyczących standardów klasyfikacyjnych — „Zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje prowadzoną działalność, swoje produkty (wyroby i usługi), towary, środki trwałe i obiekty

budowlane według zasad określonych w poszczególnych klasyfikacjach i nomenklaturach, wprowadzonych rozporządzeniami Rady Ministrów lub stosowanych bezpośrednio na podstawie przepisów Wspólnoty Europejskiej".

4. Wykonawcy ponoszą wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.
5. Rozliczenia będą prowadzone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
6. W formularzu oferty wypełnianym za pośrednictwem Platformy wykonawca podaje wyłącznie cenę oferty, która uwzględni całkowity koszt realizacji zamówienia w okresie obowiązywania umowy, obliczoną zgodnie z powyższymi dyspozycjami.
7. Zgodnie z art. 225 ustawy PZP jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z 1] marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć. W takiej sytuacji wykonawca ma obowiązek:
 - 1) poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;
 - 2) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego;
 - 3) wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku;
 - 4) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.
8. Informację w powyższym zakresie wykonawca składa w załączniku nr I do SWZ. Brak złożenia ww. informacji będzie postrzegany jako brak powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego. (.)".

Jednocześnie na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp poprzez dopuszczenie do zmiany (uzupełnienia) formularza ofertowego przez wykonawcę, tj. Przystępującego w zakresie tego czy oferta nie prowadzi/prowadzi do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, czy też nie zaznaczenia, wpisania „X” w odpowiedniej kratce przy wyborze odpowiedzi przy „Kucharz przygotował 1 posiłek z dietą bezmleczną, bezglutenową i krzyżową” i nierównego traktowania Wykonawców w zakresie możliwości poprawienia formularza ofertowego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosnie pierwszego zarzutu, Izba uznała, że podlega on częściowo uwzględnieniu.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że sposób obliczenia ceny oferty przedstawiony w Rozdziale XVII ust. 1 SWZ dotyczy ceny oferty brutto, gdyż ceną oferty jest zawsze cena oferty brutto. W konsekwencji obaj Wykonawcy, tak Odwołujący, jak i Przystępujący zastosowali się do tych postanowień i prawidłowo obliczyli tą cenę według instrukcji podanej przez Zamawiającego we wskazanym wyżej rozdziale SWZ. Obaj Wykonawcy zastosowali prawidłowe stawki podatku VAT dla wyżywienia i najmu. Izba powyższe ustaliła przeliczając cenę oferty brutto Przystępującego ($13,98 \times 250 \times 20 \times 23 + 13,98 \times 80 \times 20 \times 23 = 2\,122\,163$ zł /posiłki - 8%/ - 70725 /najem - 23%/ = 2 051 439 zł), tym samym potwierdzając stanowisko w tym zakresie wyrażone w zgłoszonym przystąpieniu. Jednakże, co wymaga podkreślenia był to swoisty sztuczny twór (konstrukcja) stworzony przez Zamawiającego dla obliczenia ceny oferty. Jest bowiem bezsporne, że wyżywienie jest opodatkowane stawką 8 %, zaś czynsz stawką 23 %. Niewątpliwie też dla potrzeb rozliczenia będziemy mieli do czynienia z oddzielnymi fakturami opodatkowanymi stosownymi stawkami podatku.

Istota sporu sprowadza się do tego, jak należało obliczyć wartość podatku VAT podawaną w formularzu ofertowym. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego z odwołania, w tym zakresie poszedł Odwołujący dalej gdyż zastosował instrukcję także do wartości podatku VAT, odejmując od wartości podatku za wyżywienie wartość podatku za czynsz. W ocenie Izby, nie należało tego robić, gdyż wartość opodatkowana stawką 8 % jest większa wiarygodnością i po odjęciu wartości opodatkowanej stawką 23 %, która jest mniejsza to wynik daje resztę z wiarygodności większej opodatkowanej stawką podatku VAT 8 %.

W konsekwencji tego, wartość podana przez Przystępującego jest prawidłowa, choć dla czynszu za najem także przyjął Przystępujący stawkę 23 %. W wypadku, zaś Odwołującego zaistniały stan rzeczy powinien skutkować nie odrzuceniem oferty, która nota bene nie została wskazana jako podstawa prawna art. 226 ust. 1 pkt 10, ale art. 226 ust. 1 pkt 3 NPzp, ale poprawieniem wartości podatku VAT, w trybie art. 223 ust.2 pkt 3 NPzp, gdyż mamy do czynienia z inną omyłką polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, gdyż cena oferty brutto nie ulegnie zmianie, gdyż została obliczona zgodnie z instrukcją z SWZ.

Względem kwestii zobowiązania podmiotu trzeciego, jego skanu poświadczonego przez umocowanego pełnomocnika Odwołującego, to Izba wskazuje, że mimo, iż wyjaśnienia nie zostały prawidłowo podpisane, to Odwołujący dokonał skutecznego uzupełnienia dokumentu - dostarczając zobowiązanie podmiotu trzeciego poświadczony elektronicznie przez notariusza (w trybie § 7 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej dokumenty elektroniczne przekazuje się w postępowaniu lub konkursie przy użyciu środków komunikacji elektronicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452). Powyższe dotyczy także pełnomocnictwa znajdującego się w końcowej części tego zobowiązania. Powyższa bowiem podstawa prawna odwołuje się także do ust. 2 § 7 wskazanego wyżej rozporządzenia, które obejmuje również pełnomocnictwo. W konsekwencji, należy uznać, że zasadnie w tym zakresie kwestionował Odwołujący czynność Zamawiającego odrzucenia swojej oferty.

Odnosnie kwestii zakresu podwykonawstwa, to należy zauważyć, że kwestia podnoszona w tym zakresie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i wątpliwości z tym związane nie były podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, a nawet nie było ich w wezwaniu do wyjaśnień. Podstawą odrzucenia nie był art. 226 ust.1 pkt 5, lecz ust. 3 NPzp, Zamawiający nie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak brak wyjaśnień odnośnie zakresu podwykonawstwa przekłada się na wskazaną podstawę odrzucenia. W konsekwencji, tak jak Izba nie może rozpatrywać nowych zarzutów, które nie

znajdowały się w odwołaniu, tak na tej samej zasadzie Izba nie może rozpoznawać nowej podstawy odrzucenia, okoliczności faktycznej nie znanej Odwołującemu w dniu wniesienia odwołania.

Kolejną kwestią jest brak wskazania przez Zamawiającego prawidłowej podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż wskazano art. 226 ust.1 pkt 3 NPzp, choć wydaje się, że chodziło raczej o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, ust. 5 i 10 NPzp. Przedstawione w tym zakresie uzasadnienie faktyczne jest nieczytelne, gdyż brak jest przedstawienia, jak zaistniałe w ocenie Zamawiającego braki przekładają się na skutek w postaci odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji, należy uznać, że zasadnie w tym zakresie kwestionował Odwołujący czynność Zamawiającego odrzucenia swojej oferty.

Jednocześnie, odnośnie braku podpisu pod wyjaśnieniami do których wezwał Zamawiający Odwołującego, to Izba zgadza się z Zamawiającym, iż wyjaśnienia zawierają brak, tzn. nie zostały złożone w wymaganej formie, choć wpłynęły do Zamawiającego w wymaganym terminie. Abstrahując od kwestii tego rodzaju, że wezwanie nie zawierało pouczenia w tym zakresie (co do właściwej formy podpisu), gdyż regulowały tę kwestie postanowienia Rozdz. III ust. 2 pkt 2 SWZ, które miały zastosowanie także do „(...) innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający od wykonawcy i wymagane zapisami SWZ składa się w formie elektronicznej (tj. przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (...)”, należy podkreślić, że wezwanie do wyjaśnień nie ma charakteru jednorazowego i może być ponawiane. Przy czym, wyjaśnienia nie mogą wpływać na treść oferty, która ma charakter stały i niezmienny (konstans).

Jeżeli więc po skutecznym uzupełnieniu w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, jak i pełnomocnictwa, tudzież poprawienia wartości podatku VAT w trybie innej omyłki, istnieją inne wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający może wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień lub do uzupełnienia niekompletnych wyjaśnień złożonych wcześniej, gdyż wpłynęły w wymaganym terminie, choć nie w wymaganej formie - w trybie art. 128 ust. 1 NPzp: „Jeżeli wykonawca nie złożył (.) innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne (.)”, czyli ich ponowienia, złożenia wraz z podpisem. Naturalnie, z zastrzeżeniem, że nie mogą one wpływać na treść oferty, która ma charakter stały i niezmienny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

Oдноśnie drugiego zarzutu, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

W zakresie spornego dopisku na formularzu ofertowym Przystępującego, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie. Niewątpliwie przeliczenie stawki za wyżywienie i czynsz dotyczyło 23, a nie 24 miesięcy. Powyższe, jak zasadnie podnosił Zamawiający można zweryfikować arytmetycznie. W konsekwencji czyniąc zarzut Odwołującego niezasadnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

Oдноśnie trzeciego zarzutu, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Względem zaś zarzutu, że przez udzielone wyjaśnienia Przystępujący dokonał uzupełnienia treści oferty, Izba uznała, że dokonane doprecyzowanie złożonymi wyjaśnieniami nie zmieniło treści oferty. Niewątpliwie bowiem została od początku podana w formularzu jedna stawka żywieniowa dzienna, co w konsekwencji koresponduje z uzyskanymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

Oдноśnie czwartego zarzutu, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

W tym zakresie Izba powołuje się na stanowisko wyrażone przy rozpatrywaniu pierwszego zarzutu donośnie sposobu obliczenia ceny oferty Przystępującego i kwestii błędu w obliczeniu ceny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji wyroku na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła, jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 7 500,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków, uznając że zaistniały podstawy określone w § 7 ust. 5 rozporządzenia wskazanego poniżej do odstąpienia od stosunkowego rozdzielnia kosztów. Jednocześnie w odniesieniu do kosztów Izba dodatkowo podkreśla, że mimo uwzględnienia jednego zarzutu, ma on kluczowy charakter, gdyż skutkuje koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania

oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: