

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2024 r. przez wykonawcę: **Exalo Drilling S.A., ul. Plac Stanisława Staszica 9, 64-920 Piła** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Drawsko Pomorskie, ul. gen. W. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe FRAXINUS Sp. z o.o., ul. Trzemeszeńska 17a, 62-200 Gniezno**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Exalo Drilling S.A., ul. Plac Stanisława Staszica 9, 64-920 Piła**, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Exalo Drilling S.A., ul. Plac Stanisława Staszica 9, 64-920 Piła** tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 254/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Drawsko Pomorskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Przebudowa parku miejskiego im. Fryderyka Chopina w Drawsku Pomorskim”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00465199 z dnia 27.10.2023 r.

Pismem z dnia 18.01.2024 r., Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz o wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FRAXINUS sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie, jako najkorzystniejszej.

Wykonawca Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 Pzp wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty P.H.U. FRAXINUS sp. z o.o. odrzucenia oferty Exalo Drilling S.A. oraz przesłania przez Zamawiającego w dniu 21.12.2023 r. wezwania adresowanego do Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty dotyczącej podstawy prawnej zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia w sposób uniemożliwiający udzielenie przez Odwołującego odpowiedzi na wezwanie w zakresie określonym przez Zamawiającego terminie do dnia 29.12.2023 r.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty P.H.U. FRAXINUS sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta tego wykonawcy nie jest ofertą przedstawiającą najlepszy bilans kryteriów oceny ofert;
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku weryfikacji przez Zamawiającego zaoferowanej przez wykonawcę ceny, pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT — Zamawiający odrzucił ofertę Exalo Drilling S.A. w związku z nieudzieleniem odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczącej podstawy prawnej zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia. Zamawiający przesłał w dniu 21.12.2023 r. adresowane do wykonawcy Exalo Drilling S.A. wezwanie do wyjaśnienia treści oferty w sposób uniemożliwiający udzielenie odpowiedzi na wezwanie w określonym terminie do dnia 29.12.2023 r. Nieudzielenie wyjaśnień nie może być samodzielną przesłanką do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.;

3.art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przesłanie wezwania adresowanego do Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczącej podstawy prawnej zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia, w sposób uniemożliwiający wykonawcy Exalo Drilling S.A. zapoznanie się z treścią wezwania i udzielenie odpowiedzi w określonym przez Zamawiającego terminie do dnia 29.12.2023 r. — Zamawiający w dniu 21.12.2023 r. wysłał wezwanie do złożenia wyjaśnień adresowane do wykonawcy Exalo Drilling S.A. w dniu 21.12.2023 r. za pośrednictwem innego konta użytkownika na Platformie e-Zamówienia niż to, z którego została złożona przez ww. wykonawcę oferta w niniejszym postępowaniu. O wysłaniu przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący powziął wiedzę w dniu 19.01.2024 r. z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty PHU FRAXINUS sp. z o.o.,
- 2) unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i przywrócenie tej oferty do postępowania,
- 3) wezwanie Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczącej podstawy prawnej zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia,
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 18.01.2024 r. na Platformie e-Zamówienia Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta PHU FRAXINUS sp. z o.o.. Zamawiający w tym samym dniu opublikował informację o odrzuceniu ofert, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, podając w uzasadnieniu faktycznym, że w dniu 21.12.2023 r. Zamawiający wystąpił do wykonawców z wezwaniem dot. wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, dot. podstawy prawnej zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia, określając termin na udzielenie odpowiedzi na dzień 29.12.2023 r. oraz, że Odwołujący nie udzielił odpowiedzi.

Zamawiający w dniu 21.12.2023 r. wysłał wezwanie do złożenia wyjaśnień adresowane do wykonawcy Exalo Drilling S.A. za pośrednictwem innego konta użytkownika na Platformie e-Zamówienia niż to, z którego została złożona oferta w niniejszym postępowaniu. O wysłaniu przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący powziął wiedzę w dniu 18.01.2024 r. z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Po powzięciu wiadomości o odrzuceniu oferty Exalo Drilling S.A., za pomocą administratora sieci internetowej, Odwołujący ustalił, że w dniu 21.12.2023 r. na adres imienny j., który jest adresem osoby upoważnionej do innego konta użytkownika niż to konto, z którego była złożona oferta w niniejszym postępowaniu, została wysłana automatyczna wiadomość o nowej wiadomości na Platformie e-Zamówienia z linkiem.

W formularzu oferty Odwołujący jako dane kontaktowe wskazał adres e-mail: p., zgodny z danymi podanymi w koncie użytkownika na Platformie e-Zamówienia, z którego została złożona przez Odwołującego oferta w niniejszym postępowaniu. Odwołujący przedłożył oświadczenie swojego pracownika p. J.M., dysponującego adresem email j., na potwierdzenie okoliczności, że ww. pracownik Odwołującego w okresie 21-29 grudnia 2023 r. świadczył pracę zdalnie w miejscu swojego zamieszkania i w tym okresie nie śledził wiadomości na Platformie e-Zamówienia, ponieważ z konta użytkownika, do którego ma dostęp nie były w tym czasie składane żadne oferty w imieniu wykonawcy Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile.

W wiadomości automatycznej pt. „Nowa wiadomość na Platformie e-Zamówienia” przesłanej z Portalu na adres imienny j. w dniu 21.12.2023 r. nie było żadnych danych postępowania, którego wiadomość dotyczy. Link z automatycznej wiadomości nie został otwarty przez adresata poczty wysyłanej pod adres j., ponieważ w tym czasie nie było aktywnych postępowań, w których składana byłaby oferta przez konto użytkownika Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile, do którego dostęp ma p. Jerzy Mikos. Link otworzył dopiero w dniu 19.01.2024 r. na wniosek osoby, która jest upoważniona do innego konta użytkownika, z którego została złożona oferta w imieniu wykonawcy Exalo Drilling S.A. Zamawiającemu - Gminie Drawsko Pomorskie, o czym dowiedział się dopiero w dniu 19.01.2024 r. O istnieniu drugiego konta użytkownika nie miał wcześniej wiedzy. Otrzymywane przeze niego wiadomości automatyczne wygenerowane przez Portal e-Zamówienia przychodzą na jego adres imienny j.. Dowód: oświadczenie J.M. z 23.01.2024 r.

Powyższe fakty i dowody potwierdzają, że Zamawiający uniemożliwił złożenie przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty w określonym przez Zamawiającego terminie do dnia 29.12.2023 r. oraz, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp i wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Handlowo — Usługowego FRAXINUS sp. z o.o. z naruszeniem art. 239 Pzp.

Wykonawca: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe FRAXINUS Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 stycznia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że nie jest prawdą, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w związku z nieudzieleniem odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczącej podstawy prawnej zastosowania

jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia. Informując o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający jednoznacznie wskazał, że odrzucił ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny. Uzasadniając na czym polegał błąd w obliczeniu ceny, Zamawiający wskazał, że: „Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. z 2015 r. poz. 1676, z późn. zm.) obsadzenie terenu inwestycji zielenią (SWZ: Roz. 6 ust. 3 pkt 3.2.6 - obsadzenie terenu inwestycji i zał. nr 11 do SWZ) winno być zakwalifikowane według kodu PKWiU 81.30.12.0 (Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni) przyjmując stawkę podatku od towarów i usług dla usług (VAT) w wysokości 8%. Stawka 8% VAT jest zgodna z poz. 52 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Na podstawie art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług stawka podatku o której mowa w art. 41 ust. 2 art. 120 ust. 2 i 3 wynosi 8%. Obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki. 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 (wyrok z dnia 26 listopada 2020 r., KIO 2933/20). Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT.”

Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty jednoznacznie dowodzi, wbrew stanowisku Odwołującego, że Zamawiający zweryfikował zaoferowaną przez Odwołującego cenę pod kątem poprawności zastosowanej stawki podatku VAT i uznał za wadliwe zastosowanie jednolitej 23% stawki tego podatku dla całego zamówienia.

Odwołujący mimo posiadania pełnej wiedzy na temat zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia nie zakwestionował w odwołaniu, a nawet nie podjął próby zakwestionowania stanowiska Zamawiającego, że część prac przewidzianych do wykonania zamówienia powinna zostać zakwalifikowana według kodu PKWiU 81.30.12.0 (Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni), do której należało zastosować 8% stawkę podatku VAT. Tym samym, skoro Odwołujący nie podważył stanowiska Zamawiającego w przedmiocie wadliwie przyjętej przez Odwołującego stawki VAT kwalifikowanej jako błąd w obliczeniu ceny, zarzuty o nieuprawnionym odrzuceniu oferty Odwołującego są gołosłowne, nie poparte żadnymi argumentami ani dowodami i całkowicie nieuzasadnione.

Częścią udostępnionej przez Zamawiającego na platformie E-zamówienia dokumentacji projektowej, będącej załącznikiem nr 11 do SWZ (folder: zał nr 11. architektura 1), jest opracowanie pn. „Projekt nasadzeń — opis” — zawierające zakres nasadzeń przewidzianych w ramach realizacji zamówienia.

Zgodnie Rozdz. 20 ust. 5 SWZ, ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT pozostaje w gestii wykonawcy, który zobowiązany jest przyjąć obowiązującą stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Brak wskazania stawki podatku VAT w dokumentach zamówienia powoduje, że ewentualne zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT nie mogło być konwalidowane w toku oceny i badania ofert jako omyłka podlegająca poprawieniu w trybie określonym w art. 223 ust. 2 Pzp, a stwierdzenie nieprawidłowości w tym zakresie winno skutkować odrzuceniem oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. z 2015 r. poz. 1676, z późn. zm.) obsadzenie terenu inwestycji zielenią winno być zakwalifikowane według kodu PKWiU 81.30.12.0 (Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni). Dla tego typu usług przewidziana jest stawka podatku VAT w wysokości 8%, co wynika z poz. 52 załącznika nr 3 do ustawy o VAT zawierającego wykaz usług, do których obowiązuje stawka podatku 7%. Na podstawie art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2 art. 120 ust. 2 i 3 wynosi 8%.

Obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki. 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 (por. wyrok KIO z dnia 26 listopada 2020 r. sygn.. KIO 2933/20

Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny.

Potwierdza to ugruntowana linia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryna prawnicza (tak wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 12.04.2023 r., K10838/23 ; z dnia 11 kwietnia 2023 r., KIO 845/23; ; z dnia 16 lutego 2022 r., KIO 266/22 ; z dnia 30 grudnia 2021 r., KIO 3613/21 ; z dnia 6 grudnia 2021 r., KIO 3404/21 ; z dnia 9 listopada 2021 r., KIO3046/21 ; z dnia 27 maja 2021 r., KIO 942/21 ; z dnia 2 grudnia 2019 r. KIO 2341/19 ; z dnia 8 lipca 2019 r. KIO 1046/19.

Nieprawdziwy jest zarzut, że Zamawiający wysłał wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na niewłaściwe konto, gdyż zgodnie z informacją uzyskaną z platformy E-zamówienia wezwanie zostało wysłane na następujące konto Odwołującego zarejestrowanego jako Exalo Drilling S.A. PL-NIP: 5272681258, PL-REGON: 146228632.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe FRAXINUS Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, zgodnie z przesłankami określonymi w art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się tym samym uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przesłanie wezwania adresowanego do Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczącej podstawy prawnej zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia, w sposób uniemożliwiający wykonawcy Exalo Drilling S.A. zapoznanie się z treścią wezwania i udzielenie odpowiedzi w zakreślonym przez Zamawiającego terminie do dnia 29.12.2023 r. — Zamawiający w dniu 21.12.2023 r. wysłał wezwanie do złożenia wyjaśnień adresowane do wykonawcy Exalo Drilling S.A. w dniu 21.12.2023 r. za pośrednictwem innego konta użytkownika na Platformie e-Zamówienia niż to, z którego została złożona przez ww. wykonawcę oferta w niniejszym postępowaniu. O wysłaniu przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący powziął wiedzę w dniu 19.01.2024 r. z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 21 grudnia 2023 r. zostało wysłane przez Zamawiającego na jedno z dwóch kont założonych przez tego wykonawcę na Portalu e-Zamówienia, tj. na konto, z którego nie została złożona oferta w przedmiotowym postępowaniu, w związku z czym Odwołujący nie miał wiedzy o skierowanym do niego wezwaniu, nie mógł w terminie zapoznać się z treścią tego wezwania i złożyć stosowne wyjaśnienia w wyznaczonym terminie do 29 grudnia 2023 r. Odwołujący oświadczył, że o fakcie skierowania do niego ww. wezwania dowiedział się dopiero z decyzji Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący dodatkowo oświadczył na rozprawie, że w toku postępowania tylko powyższe wezwanie nie dotarło do Odwołującego na wskazany do kontaktu adres e-mail. Cała wcześniejsza korespondencja była kierowana przez Zamawiającego prawidłowo. Jednocześnie Zamawiający tej okoliczności nie zaprzeczył.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Celem wezwania do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp jest uzyskanie przez zamawiającego dodatkowych informacji dotyczących treści oferty, która budzi wątpliwości zamawiającego. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny umożliwić zamawiającemu dokonanie oceny, czy badana oferta w danym zakresie, który budzi wątpliwości, spełnia wymagania określone przez zamawiającego w warunkach zamówienia. Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że przepis art. 223 ust. 1 Pzp, stanowi o uprawnieniu zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, a uprawnienie to należy oceniać w kontekście obowiązku zamawiającego, polegającego na rzetelnym przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie, uprawnienie Zamawiającego do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie przyjętej stawki podatku VAT nie było przedmiotem sporu. Sporna była natomiast kwestia, czy Zamawiający dokonał ww. wezwania prawidłowo, w przypadku, gdy stwierdził, że na Platformie e-Zamówienia, na której prowadzone jest postępowanie, widnieją dwa różne konta Odwołującego.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego postępowania oraz jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadą przejrzystości i proporcjonalności, Izba stwierdziła, że czynność wezwania Odwołującego do wyjaśnień z dnia 21 grudnia 2024 r. nie została dokonana przez Zamawiającego w sposób prawidłowy z zachowaniem powyższych zasad. Izba zważyła, że w sytuacji, gdy Zamawiający stwierdził, że Odwołujący posiada dwa konta na Portalu e-Zamówienia, powinien ustalić, a przynajmniej podjąć taką próbę, z którego konta została złożona oferta, gdyż na to konto powinno być skierowane wezwanie. W ocenie Izby, to Zamawiającego obciąża obowiązek wykazania w tym przypadku, że dochował

należytej staranności, aby skierować korespondencję do wykonawcy na właściwe konto. Zamawiający w niniejszej sprawie nie wykazał, że podjął jakiekolwiek działania, aby wyjaśnić wątpliwości co do tego, które konto Odwołującego jest właściwe do kierowania korespondencji w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że zgodnie z zasadami obowiązującymi przy korzystaniu z Portalu e-Zamówienia, to wykonawca jest wyłącznie odpowiedzialny w przypadku, gdy posiada na ww. Portalu dwa konta, do których uprawnienia dostępu posiadają różne osoby (superwizorzy) zatrudnione przez wykonawcę np. w różnych oddziałach wykonawcy, które to osoby działają niezależnie od siebie, a tym samym skierowanie korespondencji na konto, z którego nie była wysłana oferta, może nie dotrzeć do upoważnionej osoby ze strony wykonawcy w danym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że Zamawiający powinien był w danym stanie faktycznym ustalić, z którego konta Odwołujący złożył ofertę i skierować korespondencję do wykonawcy związaną z danym postępowaniem na to konto. Zamawiający nie wykazał w niniejszym postępowaniu, w żaden sposób, że ustalenie przez niego tego faktu nie było możliwe.

Niezależnie od powyższego, w szczególności niezależnie od tego, czy niezłożenie wyjaśnień przez wykonawcę było wynikiem samodzielnej decyzji wykonawcy, czy też nastąpiło jako skutek błędnego działania zamawiającego, jednoznacznie należy podkreślić, że niezłożenie wyjaśnień przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp nie jest obwarowane bezpośrednio sankcją w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Ustawa Pzp nie zawiera przepisu, który nakazywałby odrzucenie oferty z powodu niezłożenia wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Nieudzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty przez wykonawcę nie powoduje skutku podobnego do tego, jak w przypadku nieudzielenia wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty (art. 224 ust. 6 Pzp).

Nieudzielenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (niezależnie od przyczyny) nie zwalnia zamawiającego z obowiązku dokonania oceny danej oferty na podstawie wiedzy, którą zamawiający dysponuje. (patrz: Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). Zamawiający ma obowiązek dokonać badania i oceny oferty, w tym również pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty, a wykonawca, w przypadku gdy uzna, że ocena oferty dokonana przez zamawiającego jest błędna, ma prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci wniesienia odwołania wobec decyzji zamawiającego i wykazać w postępowaniu odwoławczym, że decyzja podjęta przez zamawiającego w zakresie oceny jego oferty jest błędna i narusza przepisy ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiającego podejmując decyzję z dnia 19 stycznia 2024 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, dokonał analizy i badania oferty Odwołującego w zakresie prawidłowości przyjętej przez Odwołującego stawki podatku VAT. Odwołujący miał prawo zakwestionować tę decyzję w ramach przysługującego mu środka ochrony prawnej, tj. w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie kierując zarzuty wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ale sformułował te zarzuty wyłącznie w sferze formalnej. Odwołujący błędnie przyjął, że podstawą faktyczną odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp było niezłożenie wyjaśnień dotyczących zastosowanej w ofercie stawki podatku VAT. Wbrew stanowisku Odwołującego, decyzja ta została podjęta przez Zamawiającego w oparciu o przesłanki merytoryczne, które Zamawiający opisał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego (jednej z trzech ofert odrzuconych na tej samej podstawie prawnej i faktycznej). Okolicznością kluczową dla stwierdzenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, którą wskazał Zamawiający w uzasadnieniu decyzji, było zastosowanie przez Odwołującego jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23 % dla całego zakresu przedmiotu zamówienia, podczas gdy do części zamówienia powinna mieć zastosowanie - stawka w wysokości 8%.

W ocenie Izby, treść uzasadnienia ww. decyzji o odrzuceniu oferty w sposób niebudzący żadnych wątpliwości potwierdza, że nieudzielenie wyjaśnień przez Odwołującego na wezwanie z dnia 21 grudnia 2023 r. nie było podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał ten fakt w treści uzasadnienia decyzji z dnia 19 stycznia 2024 r. jedynie informacyjnie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, rzeczywistą i jedyną podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, co wynika wprost z treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 r., było stwierdzenie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Powyższa podstawa odrzucenia oferty, jak wynika z treści odwołania, nie została przez Odwołującego zaskarżona w ramach zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również na rozprawie Odwołujący potwierdził, że zarzuty odwołania dotyczą wyłącznie kwestii formalnej, polegającej na odrzuceniu oferty w związku z nieudzieleniem odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczącej podstawy prawnej zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia, których złożenie Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu, przesyłając w dniu 21 grudnia 2023 r. wezwanie w sposób uniemożliwiający udzielenie wyjaśnień w zakreślonym terminie do dnia 29 grudnia 2023 r. Ani w ramach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, ani w ramach przedstawionej w uzasadnieniu odwołania

argumentacji Odwołujący nie odniósł się do okoliczności merytorycznych, które wskazał Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego.

Z uwagi na powyższe, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego. Pomimo faktu, że ocena oferty Odwołującego w kontekście art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp została dokonana przez Zamawiającego bez uzyskania od Odwołującego wyjaśnień, to ocena ta została oparta na merytorycznej weryfikacji przez Zamawiającego zaofertowanej przez wykonawcę ceny, pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym zastosowania właściwej stawki VAT. Jeżeli Odwołujący z taką oceną się nie zgadzał, to powinien postawić w odwołaniu zarzut w tym zakresie wraz ze stosowną argumentacją, czego nie uczynił. Stosownie do art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem odwołanie zostało rozpoznane w zakresie przedstawionych w nim zarzutów.

Podstawa prawna i faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego została przez Zamawiającego jednoznacznie podana w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 19 stycznia 2024 r. Odwołujący nie zakwestionował tych okoliczności w odwołaniu, zatem należało uznać, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodów, wobec których Odwołujący nie przedstawił zarzutu w odwołaniu. Zauważyć należy, że ustawowy termin na wniesienie odwołania wobec omawianej czynności Zamawiającego upłynął w dniu 23 stycznia 2024 r.

Niestwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, skutkuje w niniejszej sprawie w ten sposób, że stwierdzenie przez Izbę naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Stosownie bowiem do brzmienia art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba może uwzględnić odwołanie w całości lub w części, wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując, odrzucenie oferty Odwołującego, w świetle przedstawionych w odwołaniu zarzutów, nie podlegało uwzględnieniu. W konsekwencji za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę P.H.U. FRAXINUS sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: