

Sygn. akt: KIO 838/23

**Wyrok**  
**z dnia 12 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę **Polski Holding Hotelowy Sp. z o.o., ul. Komitetu Obrony Robotników 39G, 02-148 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Komitetu Obrony Robotników 49, 02-146 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **DO & CO Poland Sp. z o.o., ul. Sekundowa 2, 02-178 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polski Holding Hotelowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

## **Wyrok**

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dostawa cateringu na potrzeby pasażerów Salonu Fantazja i Salonów VIP Numer referencyjny: 31/PN/ZP/TLLZP/23”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 lutego 2023 r, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2023/S 1550.

Odwołujący Polski Holding Hotelowy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej: „PHH” lub Odwołujący”, wniósł dnia 27 marca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego .

Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1. art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 226 ust, 1 pkt 10) Pzp przez nieuprawnione dokonanie ingerencji w ofertę wykonawcy Do&Co Poland sp. z o.o. z/s w Warszawie, dalej „Do&Co”, oraz poprawienie błędnej stawki podatku VAT jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, pomimo iż oferta złożona przez Do&Co zawierała błąd w obliczeniu ceny,
2. art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 240 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) Pzp przez przyznanie Odwołującemu zbyt małej ilości punktów w kryterium „Jakość” wobec zasad przyznawania punktów w ww. Kryterium opisanych w SWZ oraz obiektywnej oceny próbek złożonych przez PHH, niedostateczne uzasadnienie sposobu przyznawania punktów w kryterium „Jakość” oraz wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert i nie prezentuje najlepszej relacji jakości do ceny spośród ofert złożonych w Postępowaniu,
3. art. 239 ust. 1 PZP poprzez dokonanie oceny ofert niezgodnie z zasadami oceny ofert opisanymi w SWZ oraz uniemożliwiający należyłą ocenę złożonych ofert w kryterium „Jakość” co doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert,
4. art. 16 pkt 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także inne wskazane przepisy,
5. ewentualnie art. 255 pkt. 6 PZP przez zaniechanie unieważnienia Postępowania, pomimo iż obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy na skutek dokonania czynności badania i oceny ofert

w zakresie oceny próbek będących podstawą do oceny ofert w Kryterium „Jakość” w sposób niezgodny z SWZ oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert,
2. dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Do&Co,
4. przyznania ofercie PHH maksymalnej możliwej ilości punktów w kryterium „Jakość” ,
5. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
6. ewentualnie unieważnienia Postępowania.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisów przez zaniechanie odrzucenia oferty Do&Co, nieprawidłowe dokonanie oceny złożonych ofert oraz przyznanie Odwołującemu zbyt małej ilości punktów w kryterium „Jakość” narusza interes PHH w postaci uzyskania przedmiotowego zamówienia.

#### UZASADNIENIE

I. Nieuprawnione poprawienie błędnej stawki podatku VAT w ofercie wykonawcy Do&Co jako omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę pomimo, iż zawierała błąd w obliczeniu ceny.

1. W piśmie skierowanym do wykonawcy Do&Co Zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawił omyłkę w ofercie złożonej przez tego wykonawcę poprzez zmianę ceny wskazanej w ofercie. Zamawiający wskazał, że Do&Co przyjął stawkę 23% VAT zamiast 8% VAT (choć stawki procentowe VAT nie zostały wprost wskazane w ofercie), w związku z czym wskazana w ofercie cena brutto podlegała poprawieniu jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

2. Błąd w ofercie wykonawcy Do&Co był jednak błędem w obliczeniu ceny, który nie podlegał poprawieniu jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Dokonując poprawek Zamawiający zmienił cały obszerny formularz cenowy wykonawcy Do&Co stanowiący podstawę do wyliczenia ostatecznej ceny oferty. Ingerencja w ofertę Do&Co była więc bardzo istotna oraz obszerna.

3. Poprawienie przez Zamawiającego oferty wykonawcy Do&Co spowodowało również, że oferta, która przekraczała kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia (3 343 885,16 zł), została pomniejszona do kwoty niższej od tej wartości (3 190 686,81 zł zamiast 3 633 837,70 zł). Czynność dokonana przez Zamawiającego miała więc istotne konsekwencje dla Postępowania pod kątem możliwości wyboru przez

Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Do&Co oraz konieczności zwiększania budżetu na realizację zamówienia.

4. Nie sposób uznać, że Zamawiający wskazał w SWZ jednoznacznie stawkę podatku VAT, co umożliwiłoby poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy Do&Co. Zamawiający nie wskazał bowiem w SWZ stawki podatku VAT. Odpowiedź na pytanie do SWZ do której odnosi się Zamawiający odnosiła się do ustalenia szacowanej wartości przedmiotu zamówienia, a więc innej kwestii. Nie sposób więc uznać, że Zamawiający jednoznacznie przesądził jaka wartość podatku VAT powinna zostać wskazana przez wykonawców w ofertach.

5. Błędne określenie stawki podatku VAT w ofercie złożonej przez wykonawcę Do&Co stanowiło błąd w obliczeniu ceny, w związku z czym oferta złożona przez ww. wykonawcę podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp.

6. Powyższe stanowisko zgodne jest z orzecznictwem. Za reprezentatywny w tym zakresie można uznać m.in. Wyrok z dnia 16 grudnia 2021 r., KIO 3515/21, w którym Izba orzekła, iż: „ Nie ulega wątpliwości, że 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. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia. Takie stanowisko wyraził Sod Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11.”

II. Przyznanie ofercie złożonej przez PHH zbyt małej ilości punktów w Kryterium „Jakość”.

1. Zgodnie z SWZ (XV. 1) Zamawiający określił wagę kryterium „Jakość” na 50%.

2. Następnie w punkcie 1.2. Zamawiający określił w jaki sposób będą dokonywane oceny w kryterium „Jakość”: „Kryterium „Jakość” zostanie zastosowane wobec przedstawionych wraz z ofertą próbek produktów. Każdy z członków Komisji dokona indywidualnej oceny załączonych do oferty próbek produktów, przyznając każdemu ocenę w skali 0-10. W ramach kryterium jakości pod uwagę brane będą takie elementy jak:

- smak i zapach - w tej kategorii oferta może uzyskać max, 6 punktów; wygląd - w tej kategorii oferta może uzyskać max, 2 punkty;
- sposób i estetyka podania potraw, tj. wrażenie wizualne i estetyczne w zakresie sposobu podania potraw, ciast oraz ich dekoracji - w tej kategorii oferta może uzyskać max. 2 punkty.

W dalszej kolejności wszystkie punkty przyznane przez każdego członka Komisji każdemu produktowi zostaną do siebie dodane, co pozwoli uzyskać „sumę otrzymanych punktów przez ofertę badaną”. Ocena punktowa w ramach kryterium jakości zostanie dokonana zgodnie ze wzorem:

jakość - suma otrzymanych punktów przez ofertę badaną (w drodze oceny wszystkich próbek produktów przez członków komisji) / najwyższa suma otrzymanych punktów spośród ofert podlegających badaniu (w drodze oceny wszystkich próbek produktów przez członków komisji) x 50 = x Pkt”.

3. PHH dołożyło wszelkich starań, aby spełnić wymagania Zamawiającego oraz uzyskać maksymalną ocenę punktową w Kryterium „Jakość”. Dania przygotowane zostały przez kompetentnych pracowników kuchni zapewniających najwyższą jakość (szefowie kuchni 5\* Renaissance Warsaw Airport Hotel, 4\* Hotelu Courtyard by Marriott Warsaw Airport oraz Oddziału Catering). Wymagane próbki dań zostały przygotowane w sposób staranny, estetyczny oraz z dbałością o szczegóły (przedstawił dokumentację fotograficzną próbek). Próbki były przygotowane przez te same osoby oraz w taki sam sposób jak w poprzednich postępowaniach tego Zamawiającego.

4. W poprzednich postępowaniach ofertom składanym przez PHH była przyznawana w Kryterium „Jakość” maksymalna lub niemal maksymalna ilość punktów. Zamawiający wystawiał referencje, w których potwierdzał należyłą jakość usług cateringu.

5. Zastrzeżenia budzi więc fakt przyznania w niniejszym Postępowaniu bardzo niskich ocen w kryterium „Jakość” ofercie złożonej przez PHH, choć w poprzednich postępowaniach próbki wykonane przez te same osoby według tych samych receptur były oceniane przez tego samego Zamawiającego w sposób zdecydowanie wyższy (maksymalna lub prawie maksymalna liczba punktów).

6. W kryteriach: „Wygląd” oraz „Sposób i estetyka podania potraw, tj. wrażenie wizualne i estetyczne w zakresie sposobu podania potraw, ciast oraz ich dekoracji” niektórzy członkowie Komisji przyznawali po 1 punkcie na 2 możliwe, chociaż potrawy przygotowano w sposób estetyczny, a ich wygląd prezentował się bardzo dobrze. Odwołujący przekazał opisane próbki w zamkniętych pojemnikach i nie miał wpływu na sposób w jaki następnie Zamawiający dokonał prezentacji potraw w trakcie panelu oceniania próbek.

7. W Kryterium „Smak i zapach” członkowie Komisji przyznawali bardzo różne oceny (1, 2, 3 czy 4 punkty na 6 możliwych). To oceny bardzo niskie w porównaniu z jakością potraw przygotowanych przez PHH na potrzeby panelu oceny próbek, które podważają obiektywność członków Komisji. Przyznanie przez jednego z członków Komisji 1 na 6 punktów w Kryterium sugerowałoby, że przedłożone dania były fatalnej jakości, nieświeże i nienadające się do spożycia. Potrawy przygotowane były świeże, smaczne i przygotowane przez wybitnych specjalistów. Choć w ocenie próbek możliwa jest pewna doza

subiektywizmu, w żaden sposób nie można uzasadnić tak rażąco niskiej oceny potraw przygotowanych przez Odwołującego.

8. Analizując sposób przyznawania punktów przez Członków Komisji, widać dowolność w ich przyznawaniu, tj. przyznawanie w niektórych podkryteriach niższej punktacji, a w innych wyższej w taki sposób, aby łączna liczba punktów wynosiła 5-6 punktów na 10 możliwych. Taki sposób punktacji nie daje rzetelnej oceny próbek pod kątem poszczególnych podkryteriów, a stanowić może jedynie ogólną całkowicie subiektywną ocenę oderwaną od jakości przygotowanych próbek oraz kryteriów określonych w SWZ. Zamawiający powinien oceniać w ramach poszczególnych podkryteriów ofertę pod kątem danego podkryterium, a nie subiektywnego uznania co do całości oferty.

9. Zamawiający nie wskazał dlaczego oferta Odwołującego otrzymała określoną liczbę punktów, jest uzasadnienia dla takich, co ocen stanowi istotne naruszenie prawidłowości przyznawania punktów w Kryterium. Samo podanie oceny liczbowej nie jest wystarczające do należytej oceny przedłożonych próbek. Na skutek arbitralnych i subiektywnych ocen członków Komisji, Zamawiający uznał jako najkorzystniejszą ofertę droższą o ok. 33% (ponad 1 mln zł) od oferty Odwołującego. Oceny te miały więc kluczowy wpływ na wynik. W związku z tym oceny powinny zostać uzasadnione w sposób szczegółowy oraz umożliwiający Odwołującemu poznanie uzasadnienia, dlaczego próbki przygotowane przez specjalistów pracujących w PHH w ten sam sposób co w poprzednich postępowaniach otrzymały połowę możliwych do zdobycia punktów, choć dotychczas uzyskiwały ich komplet (lub prawie komplet) oraz ewentualne odniesienie się do zaprezentowanych twierdzeń.

10. Konieczność dokonywania obiektywnego procesu oceny ofert na podstawie ustalonych kryteriów wskazuje orzecznictwo, w tym Wyrok KIO 137/22, w którym Izba potwierdziła, iż: „Ustalone kryteria oceny ofert muszą pozwolić na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, a więc muszą pozwalać na porównanie złożonych ofert, a wynik tego porównania ma jednoznacznie wskazywać, która oferta jest lepsza i bardziej realizuje cel zamówienia. Sposób oceny w ramach przyjętej metodologii oceny nie może mieć charakteru subiektywnego, to jest nie może prowadzić do subiektywnej oceny zamawiającego, którą propozycję z ofert uznać za korzystniejszą. Nie może istnieć dowolność przy ustalaniu rankingu ofert. ”

11. Próbki Odwołującego zasługiwały na maksymalną ilość punktów w Kryterium „Jakość”, a brak rzeczowego uzasadnienia tak niskiej ilości punktów dla oferty potwierdza, że Zamawiający dokonał oceny w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz preferujący wykonawcę Do&Co, który uzyskał maksymalną liczbę punktów na skutek czego oferta tego wykonawcy została uznana jako najkorzystniejsza.

III. Dokonanie oceny ofert w „Jakość” w sposób niezgodny z SWZ.

1. Niezależnie od powyższych zarzutów w zakresie przyznania Odwołującemu zbyt małej liczby punktów w Kryterium „Jakość”, Zamawiający dokonał oceny ofert w sposób niezgodny ze sposobem określonym w SWZ, co również przyczyniło się do zaburzenia prawidłowości ocen przyznanych w Kryterium „Jakość”.

2. W przywoływanym punkcie XV. 1.2. SWZ Zamawiający wskazał m.in., że: „Każdy z członków Komisji dokona indywidualnej oceny załączonych do oferty próbek produktów, przyznając każdemu ocenę w skali 0-10.” Powyższe postanowienie wskazuje jednoznacznie, że członkowie Komisji powinni dokonać oceny każdej spośród 22 wymaganych próbek osobno. Jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, bo dzięki temu możliwa jest obiektywna ocena próbek różnorodnego asortymentu wymaganego przez Zamawiającego, którego poszczególne elementy są bardzo różne, w związku z czym mogą być różnie oceniane. Taki sposób oceny potwierdza również zaprezentowany w ww. punkcie wzór na obliczanie punktacji w Kryterium „Jakość”, w którym wskazane zostało, iż zostanie ona dokonana: „(w drodze oceny wszystkich próbek produktów przez członków komisji)”.

3. Tymczasem Zamawiający przyznał całościowo łączne oceny dla wszystkich 22 próbek. Zamawiający ocenił więc próbki w sposób niezgodny z SWZ ale także naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz uniemożliwiający wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w Postępowaniu. Sposób oceny dokonany przez Zamawiającego nie daje bowiem możliwości weryfikacji co oceniali członkowie Komisji i jakimi kryteriami się kierowali.

4. Jeżeli Izba uzna, że nie ma podstaw do odrzucenia wykonawcy Do&Co, a czynności dokonane przez Zamawiającego w sposób naruszający przepisy Pzp nie mogą zostać powtórzone w sposób właściwy, zasadne jest unieważnienie Postępowania, gdyż sposób dokonania oceny ofert przez Zamawiającego w kryterium „Jakość” był niezgodny z SWZ oraz zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nie umożliwia wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w Postępowaniu.

5. Podsumowując, na skutek naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, Odwołujący utracił szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, w związku z czym konieczne było wniesienie niniejszego odwołania. Wnoszę o jego uwzględnienie.

Zamawiający i przystępujący do postępowania po jego stronie wniesli o oddalenie odwołania.

Przystępujący DO & CO Poland sp. z o.o. przedstawił pisemne stanowisko wskazując między innymi, jak niżej.

Przedmiot zamówienia obejmuje sprzedaż oraz dostarczenie przez Wykonawcę, asortymentu spożywczego oraz zapewnienie obsługi kucharskiej.

Kryteriami oceny ofert były cena- waga 50% oraz jakość — waga 50%. W ramach kryterium jakości Zamawiający wskazał, że ocena zostanie dokonana na podstawie przedstawionych z ofertą próbek produktów. Każdy z członków Komisji dokona indywidualnej oceny załączonych do oferty próbek produktów, przyznając każdemu ocenę w skali 0-10 oceniając smak i zapach (max. 6 punktów), wygląd (max. 2 pkt), sposób i estetyka podania potraw, tj. wrażenie wizualne i estetyczne w zakresie sposobu podania potraw, ciast oraz ich dekoracji (max. 2 pkt).

Punkty przyznane przez każdego członka Komisji każdemu produktowi zostaną do siebie dodane, co pozwoli uzyskać „sumę otrzymanych punktów przez ofertę badaną”.

W ramach sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wskazał, następujące zasady „Wykonawca w formularzu „Oferta ” przedstawi maksymalne wynagrodzenie netto i brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz kwotę należnego podatku VAT. Ustalona kwota oferty winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia”. W formularzu ofertowym wykonawca w poszczególnych kolumnach miał podać dane:  
asortyment gramatura ilość zestawów Cena jednostkowa netto Cena jednostkowa brutto  
Wartość netto Wartość brutto

Zamawiający nie wymagał podania stawki podatku VAT przyjętej jako podstawa obliczeń.

Zamawiający dokonał w Postępowaniu wyjaśnień SWZ, w tym w zakresie sposobu obliczenia wartości zamówienia, wskazując że przyjął dla produktów będących przedmiotem zamówienia stawkę podatku VAT w wysokości 8%. (odpowiedź na pyt. 3 z dnia 23.03.2023 r.)

Zamawiający, w ramach czynności badania i oceny ofert, stwierdził zasadność poprawienia kwot podatku VAT, wskazanych w ofercie Przystępującego, poprzez przyjęcie do obliczeń stawki podatku VAT 8%, zamiast przyjętej przez Przystępującego podstawowej stawki podatku 23%. Czynność ta została dokonana w dniu 03.03.2023 r. na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (tj. jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty), a Przystępujący wyraził zgodę na jej dokonanie pismem z dnia 06.03.2023 r.

Jako najkorzystniejsza, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ), została wybrana oferta Wykonawcy — DO & CO Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną 3 190 686,81 zł, która uzyskała 84,16 pkt (kryterium cena brutto — 34,16 pkt; kryterium jakość 50 pkt). Oferta Odwołującego z ceną 2 179 895,76 zł otrzymała 77 punktów

(kryterium cena brutto — 50 pkt; kryterium jakość — 27 pkt).

Przystępujący wskazuje, że zarzuty podniesione w Odwołaniu, nie zasługują na uwzględnienie.



## 1. Zarzut dotyczący nieuprawnionego poprawienia omyłki w zakresie podatku VAT

Przystępujący podkreśla, że Zamawiający nie dokonał poprawienia stawki podatku VAT w ofercie DO&CO bowiem stawka taka nie była w ofercie wskazywana. Z tego względu przywoływane przez Odwołującego orzecznictwo SN dotyczące zasad poprawiania stawek podatku VAT w ofertach nie znajduje zastosowania. Zamawiający dokonał bowiem poprawienia matematycznych wyliczeń w ofercie Przystępującego odnosząc się do kwot podatku VAT wyliczonych poprzez odjęcie od ceny jednostkowej brutto — kwoty ceny jednostkowej netto i przeliczając uzyskaną w ten sposób kwotę podatku według przyjętej stawki podatku VAT 8% wskazanej wykonawcom w ramach wyjaśnień treści SWZ. Zatem nie dokonywał poprawienia samej stawki podatku VAT, która nie była wskazana w ofercie lecz obliczeń kwot podatku w oparciu o wskazane przez siebie uprzednio wytyczne.

Przystępujący wskazuje również, że dokonanej w ten sposób poprawki omyłki nie można uznać za nieuprawnioną w świetle art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego nie stanowiła ona istotnej zmiany treści oferty.

Ceny jednostkowe netto przyjęte przez Przystępującego nie uległy zmianie w wyniku dokonanej poprawy, zakres oferty jak również rodzaj oferowanego asortymentu również pozostał niezmienny. Skutkiem dokonanej poprawy omyłki jest natomiast przeliczenie formularza asortymentowego i zmniejszenie kwoty oferty z 3 633 837,76 zł na kwotę 3 190 686,81 zł, co nie stanowi o istotności dokonanej zmiany. Należy zauważyć, że celem ww. regulacji jest umożliwienie poprawienia omyłek w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji wyłącznie z przyczyn formalnych nie mających istotnego znaczenia w kontekście ofertowanego świadczenia, a z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Kwota podatku VAT obliczona przez wykonawcę pozostawała bowiem bez wpływu na zakres świadczenia, jak również ceny jednostkowe produktów, a jej znaczenie dla całości świadczenia wykonawcy nie miało istotnego znaczenia. Zamawiający dokonując poprawienia omyłki nie prowadził negocjacji z wykonawcą odnośnie treści złożonej oferty jak również nie dokonywał jej uzupełnienia po terminie jej złożenia. Sam fakt, że poprawka dotyczyła całego formularza oferty pozostaje bez znaczenia dla oceny jej istotności.

Przystępujący wskazuje, że w doktrynie i orzecznictwie panuje ugruntowany pogląd, że okoliczność, iż poprawa miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana oferty nie stanowi podstawy do twierdzenia o braku dopuszczalności zastosowania art. 223 ust.2 pkt 3 Pzp. Znaczenie ma bowiem czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oświadczenia wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Poprawienie omyłki nie może prowadzić do zmiany merytorycznej treści oferty ale nie jest przeszkodą dokonania zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania. 2

W omawianej sprawie w wyniku dokonanej poprawy omyłki nie doszło do zniekształcenia treści oświadczenia woli wykonawcy, zatem poprawka była uzasadniona, a Zamawiający wręcz zobowiązany do jej dokonania.

Przystępujący wskazuje również, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, stawka podatku VAT jaka w ocenie Zamawiającego powinna zostać zastosowana przy kalkulacji przedmiotu zamówienia, wynika z wyjaśnienia treści SWZ z 23.03.2023 r. Odpowiadając na pytanie nr 3 Zamawiający wyjaśnił bowiem jaką stawkę przejął do kalkulacji wartości zamówienia, i odpowiedź ta należy uznać za wiążącą w kontekście na równi z innymi postanowienia SWZ.

Przystępujący wskazuje na ugruntowane stanowiska w zakresie wykładni postanowień dokumentów zamówienia, z którego wynika wniosek, że wyjaśnienia SWZ i odpowiedzi na pytania stanowią integralną część dokumentacji i są wiążące. Zatem jeżeli stawka podatku VAT pojawia się w treści odpowiedzi na pytania dotyczące SWZ, brak jest podstaw do twierdzenia, że nie wynika ona z dokumentów zamówienia, a zatem że nie było możliwe na jej podstawie dokonanie poprawienia omyłki zgodnie z wytycznymi wskazanymi w wyroku SN z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11).

Ponadto, na marginesie, wskazać należy, skoro jak twierdzi Odwołujący nie było podstaw do poprawienia stawki podatku VAT z uwagi na brak wskazywania w ofercie jej wysokości procentowej to tym bardziej brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o błąd w obliczeniu ceny. Skoro brak wskazania w ofercie stawki podatku miałyby uniemożliwiać poprawienie wyliczeń to tym bardziej brak jest podstaw do uznania, że doszło do błędu w obliczeniu ceny w tym zakresie, bowiem nie można uznać że składnik ceny (który w ofercie nie został wskazany) jest błędnie ustalony.

Tym samym uwzględniając argumentację Odwołującego należałoby co najwyżej przyjąć pierwotne wyliczenia Przystępującego za właściwe, a nie dokonywać odrzucenia oferty wykonawcy.

Na uwagę zasługuje również, że Przystępujący zastosował stawkę podstawową a to sam Zamawiający wskazał jako właściwą stawkę niższą, zatem nie można uznać, że dokonana poprawka spowodowała istotne zmiany w treści oferty.

Przystępujący zwraca uwagę, że pierwotna kalkulacja jego oferty została dokonana w oparciu o podstawową stawkę podatku VAT 23% a taka nie może zostać uznana za błąd w obliczeniu ceny, bowiem wykonawcy nie ma obowiązku stosowania preferencji podatkowych. Zatem zarzut w zakresie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący dokonania nieprawidłowej oceny w kryterium „jakość”.

Zamawiający dokonał w SWZ jasnego i precyzyjnego określenia kryterium pozacenowego „jakość” wskazując dokładny sposób oceny w tym kryterium przez poszczególnych członków komisji i na podstawie przedłożonych próbek, podając szczegółowe podkryteria, przedziały

punktów możliwe do uzyskania. Kryteria te wcześniej były również stosowane przez Zamawiającego i nie były kwestionowane przez wykonawców. Zarzuty Odwołującego w istocie stanowią próbę przywrócenia możliwości postawienia zarzutów spóźnionych dotyczących sposobu opisu kryteriów oceny ofert wskazanych w SWZ.

Zamawiający dokonując oceny w ramach kryterium „Jakość” stosował się wprost do wytycznych wynikających z SWZ, tj. każdy z członków Komisji przetargowej, dokonał indywidualnej oceny ofert wykonawców, przyznał własną punktację w ramach poszczególnych podkryteriów, w granicach mieszczących się w poszczególnych przedziałach. W szczególności Zamawiający w postanowieniach SWZ nie wskazał, że będzie szczegółowo uzasadniał w sposób opisowy przyznane w poszczególnych podkryteriach punkty, zwłaszcza że opis podkryteriów (smak zapach, estetyka, wygląd) nie wymagają dodatkowego uzasadniania.

Zatem zarzut dot. naruszenia art. 239 ust. 1 nie znajduje potwierdzenia.

Przystępujący wskazuje również, że przedmiot zamówienia obejmuje szereg pozycji asortymentowych, które mają być sukcesywnie dostarczane w okresie 12 miesięcy od zawarcia umowy. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, którą jest dostawa produktów żywnościowych i konieczność zapewnienia wysokiej jakości dostarczanych produktów, Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia kryteria jakościowe, które miały być oceniane na podstawie próbek produktów przedstawionych przez wykonawców. Z uwagi na przedmiot zamówienia, kryteria jakościowe stanowią najważniejszy czynnik decydujący o wyborze oferty, bowiem w przypadku cateringu do saloników VIP to właśnie jakość jest najistotniejszą cechą zamawianego przedmiotu zamówienia. Faktem notoryjnym jest również, że produkty żywnościowe wyższej jakości mają również wyższą cenę, czego Zamawiający był świadom ustalając wagi przypisane poszczególnym kryteriom.

Kryteria zostały dobrane w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego, określono szczegółowe podkryteria oraz przedziały punktów możliwych do uzyskania. Sam fakt że Odwołujący nie uzyskał najwyższej możliwej punktacji, nie może stanowić podstawy do konstruowania zarzutu nieprawidłowej oceny w ramach kryteriów pozacenowych. Również okoliczność uzyskiwania odmiennej punktacji w poprzednich postępowaniach jest irrelevantna dla oceny sposobu przyznawania punktów w kryterium pozacenowym, a może jedynie świadczyć o tym że w ocenie Zamawiającego obniżyła się jakość świadczonych przez Odwołującego dostaw produktów.

Obowiązek opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert innych niż cena (np. jakościowych) nie oznacza jego uszczegółowienia z dokładnością co do każdego elementu, a wystarczające jest, że zostanie określona skala pomiaru oraz taki opis kryterium, który nie będzie pozostawiał wątpliwości interpretacyjnych, co się pod nim kryje, w szczególności, jakie cechy oferowanego wyrobu będą uznane za pożądane.

Z kryterium jakościowym immanentnie związany jest pewien margines subiektywizmu i dowolności po stronie oceniających oferty — istotne jest, aby element swobodnej oceny członków komisji mieścił się w przyjętych wcześniej ramach opisu tego kryterium.

Kryteria jakościowe są o tyle konieczne, o ile nie udaje się sporządzić szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą warunków rozumianych jako minimalne parametry (techniczne, użytkowe lub funkcjonalne), co miejsca właśnie przy dostawie produktów żywnościowych w ramach usług cateringu. Pojęcie jakości w tym przypadku zawsze będzie oparte na pewnym uznaniu oceniającego bowiem to wymagania klientów determinują poziom jakości wyrobów. W tym przypadku jakość jest miarą satysfakcji, jakiej doznaje użytkownik w związku z jego posiadaniem i użytkowaniem. W przedmiotowej sprawie poziom dozwolonego subiektywizmu musi mieścić się jednak w granicach wyznaczonych przez zasady systemu zamówień publicznych, a więc także być zgodne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Brak jest podstaw zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 i art. 16 ust. 1, a w konsekwencji zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, przyjęty sposób oceny nie może zostać uznany za nieprawidłowy a tym samym stanowić wady postępowania.

Z tego względu zarzuty podnoszone przez Odwołującego należy uznać za nieuzasadnione. Zarzut Odwołującego jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie. W związku z powyższym za bezpodstawne należy uznać także zarzuty naruszenia art. 16 ust.1, art. 239 ust. 1 oraz zarzut ewentualny dot. naruszenia art. 255 ustawy Pzp, skoro zamawiający działał zgodnie z zasadami wskazanymi w SWZ i ustawie Pzp nie naruszył przepisów prawa.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia na rozprawie.

Odwołujący wskazał na prawne podstawy zarzutów z obowiązkiem odrzucenia oferty. Przypomniał uchwałę Sądu Najwyższego z 2011 r. Podkreślił skalę błędu w ofercie przystępującego, który może być co najwyżej określony jako istotne omyłki. Wskazał na skutek w postaci zmiany wielkości o 15%, co czyni ją istotną także w porównaniu z zasadami dokonywania zmian w zawartych umowach (KIO 3007/22). Podkreślił, że przystępujący popełnił błąd w obliczeniu ceny - w tym wypadku przesądza o tym zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT.

Wskazał, że w kryterium jakości został wskazany w specyfikacji sposób oceny (pkt XI. 1.2). Dostępne dokumenty z oceny nie wskazują na spełnienie wymogu opisanego w specyfikacji, w szczególności co do oceny przez każdego członka komisji każdego elementu. Przystępujący w wyniku poprawki otrzymał więcej punktów w kryterium ceny, a jednocześnie cena oferty została sprowadzona do wysokości mieszczącej się w budżecie zamawiającego. W świetle stanowiska przystępującego zauważył, że zamawiający nie mógł twierdzić, iż

oczywisty jest sposób poprawienia omyłki wobec różnych możliwych do zastosowania stawek VAT. Wskazał, że omyłka podlegająca poprawieniu to czynność niezamierzona. W ofercie nie stwierdzono takiej omyłki. Wykonawca popełnił błąd, lub co najmniej istotną omyłkę niepodlegającą poprawieniu, a w specyfikacji w pkt XIV wskazano sposób obliczenia ceny. Na istotność omyłki wskazuje także, iż dokonana zmiana przez zamawiającego jest powiązana z jego planowanym budżetem na to zamówienie. Przypomniał o pisemności postępowania, która nie została dochowana przy czynnościach w zakresie oceny jakości. Wskazał na brak dokumentów oceny w tym kryterium. Zamawiający przedstawił tylko pięć kart, a oceny powinny być opisane w odniesieniu do każdego produktu przez każdego oceniającego. Stwierdził, że na tożsame produkty obecnie otrzymał znacząco zaniżone oceny w stosunku do poprzednich postępowań.

Zamawiający podzielił stanowisko przystępującego co do poprawności poprawienia ceny oferty w poszczególnych elementach i całości. Zauważył, iż wskazał wykonawcom stawkę VAT w odpowiedzi na pytania. Poprawienie stwierdzonych omyłek jest obowiązkiem zamawiającego i nie ma przeszkód w ewentualnej zmianie w wyniku poprawienia, pozycji ofert w rankingu. Odnośnie jakości wskazał na opis kryterium w specyfikacji, który jest konsekwentnie niezmienny od lat. Oceny były dokonywane na indywidualnych kartach, po przedstawieniu złożonych próbek indywidualnie przez członków komisji próbujących każdą próbkę. Wskazał na treść wpisów dokonywanych w kartach oceny w podkryteriach zauważając, że nie było wymogu dokonywania oceny opisowej. Zarzut naruszenia art. 240 pzp uznał za spóźniony. Stwierdza, że cena jednostkowa w ofercie nie uległa zmianie, a poprawienie omyłki wynikało z zastosowania jego stanowiska dotyczącego VAT w odpowiedzi na pytanie 3. Wskazał na prawidłowe dokumentowanie czynności w postępowaniu, w tym w ramach kryterium jakości.

Przystępujący poparł stanowisko przedstawione w złożonym piśmie. Zauważył, że nie kwestionował czynności poprawienia treści jego oferty. Stwierdził, że nie popełnił błędu, a nastąpiło poprawienie kwoty brutto ceny. Podkreślił, że przepisy o poprawianiu omyłek nie zawierają limitów dopuszczalnych zmian. W postępowaniu miała miejsce omyłka wyliczenia kwoty podatku VAT poprawiona przez zamawiającego.

Podtrzymał stanowisko dotyczące kryterium pozacenowego i zgodności dokonanych ocen z wymogami specyfikacji. Zauważył, że brak jest dowodów na błędną ocenę próbek.

Przypomniał, że zamawiający określił stawkę VAT w postępowaniu i wskutek tego stwierdził omyłkę w ofercie przystępującego. Omyłka ta nie była istotna i podlegała poprawieniu.

Sposób oceny w kryterium jakości nie naruszył postanowień specyfikacji.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, ustaliła i zważyła, co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp przez nieuprawnione dokonanie ingerencji w ofertę wykonawcy Do&Co Poland sp. z o.o. i poprawienie błędnej stawki podatku VAT jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, pomimo iż oferta złożona przez Do&Co zawierała błąd w obliczeniu ceny, skład orzekający uznał za uprawnione działanie zamawiającego polegające na poprawieniu składnika cenotwórczego w ofercie przystępującego mając na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego stanowiące wytyczną postępowania w analogicznych do niniejszego stanach faktycznych. Jak stwierdził Sąd błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT, a do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT (uchwały SN z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 oraz 53/11). Jednocześnie podkreślić należy za stanowiskiem SN, wskazanym w ww. uchwałach, że podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest SIWZ. Na podstawie zawartych w nim warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny, może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem, zamawiający w SIWZ w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia oferty.

Skład orzekający uznaje, że w sprawie rozpatrywanej zamawiający określił wymaganą stawkę podatku od towarów i usług powinna zostać zastosowana przy kalkulacji przedmiotu zamówienia, w wysokości 8%. Wynika to z udzielonego wykonawcom wyjaśnienia treści SWZ z dnia 23 marca 2023 r., w którym zamawiający odpowiadając na pytanie nr 3 wyjaśnił, jaką stawkę przyjął do kalkulacji wartości zamówienia. Odpowiedź tę należy uznać za wiążącą w na równi z innymi postanowienia SWZ, trudno bowiem przyjąć za racjonalny pogląd, iż zamawiający przyjął odmienną stawkę podatku VAT do kalkulacji przedmiotu zamówienia, a inną miałby się kierować i taką stosować przy ocenie kalkulacji ofert. Bez znaczenia jest przy tym fakt, iż w formularzu ofertowym nie wyodrębniono rubryki dla wskazania stawki procentowej podatku, skoro zarówno dla cen jednostkowych, jak i łącznych, wykonawcy, zgodnie z tym formularzem przedstawiali kwoty brutto i netto, z których jednoznacznie wynikała zastosowana stawka podatku VAT.

W takim stanie rzeczy wykonawca nie popełnił błędu w obliczeniu ceny skutkującego odrzuceniem oferty, a zamawiający był uprawniony do dokonania poprawienia omyłki w zaoferowanej cenie, w tym cen jednostkowych, jak i łącznej przez zastosowanie uprzednio wskazanej stawki podatku od towarów i usług.

W zakresie zarzutu dotyczącego dokonania nieprawidłowej oceny w kryterium „jakość” należy zauważyć, że w SWZ wskazano sposób oceny w tym kryterium przez poszczególnych członków komisji i na podstawie przedłożonych próbek, podając podkryteria i przedziały punktów możliwe do uzyskania. Zamawiający dokonując oceny w ramach kryterium zastosował się wprost do wytycznych SWZ, tj. każdy z członków Komisji przetargowej, dokonał indywidualnej oceny ofert wykonawców, przyznał własną punktację w ramach poszczególnych podkryteriów, w granicach mieszczących się w poszczególnych przedziałach. Stwierdzić należy, że w postanowieniach SWZ nie wskazano, że będzie szczegółowo uzasadniany sposób opisu czyli uzasadnienie przyznanych w poszczególnych podkryteriach (smak zapach, estetyka, wygląd) punktów. Można też zauważyć że, analogiczne zasady, a także stosunkowo wysoka „waga” kryterium, były stosowane przez zamawiającego i znane wykonawcom w szeregu poprzednich postępowań przetargowych.

Przystępujący wskazuje również, że przedmiot zamówienia obejmuje szereg pozycji asortymentowych, które mają być sukcesywnie dostarczane w okresie 12 miesięcy od zawarcia umowy. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, którą jest dostawa produktów żywnościowych i konieczność zapewnienia wysokiej jakości dostarczanych produktów, Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia kryteria jakościowe, które miały być oceniane na podstawie próbek produktów przedstawionych przez wykonawców. Z uwagi na przedmiot zamówienia, kryteria jakościowe stanowią najważniejszy czynnik decydujący o wyborze oferty, bowiem w przypadku cateringu do saloników VIP to właśnie jakość jest najistotniejszą cechą zamawianego przedmiotu zamówienia. Faktem notoryjnym jest również, że produkty żywnościowe wyższej jakości mają również wyższą cenę, czego Zamawiający był świadom ustalając wagi przypisane poszczególnym kryteriom.

Oczywiste jest, że kryterium oparte na wyniku doznań organoleptycznych z natury rzeczy nie jest ściśle mierzalne, jakkolwiek wynikowo wymaga podania przez członków komisji określonych punktów w ramach przyjętych wielkości. Zasadne jest stwierdzenie, że sam fakt, iż wykonawca nie uzyskał najwyższej możliwej punktacji, nie może stanowić podstawy do konstruowania zarzutu nieprawidłowej oceny w ramach kryterium pozacenowego. Również uzyskiwanie korzystniejszej punktacji w poprzednich postępowaniach nie jest wystarczającą podstawą do stawiania tezy o przyznaniu błędnej punktacji obecnie. Należy także zauważyć, że oceny wszystkich produktów były dokonywane przez wszystkich członków komisji, co zostało potwierdzone w indywidualnych kartach ocen, z postanowień specyfikacji nie wynika

wprost wymóg dokonywania opisu oceny każdego oferowanego produktu na odrębnych kartach oceny.

Zatem brak jest podstaw przyjęcia zasadności zarzutu, skoro przyjęty sposób oceny produktów nie może zostać uznany za nieprawidłowy a tym samym stanowić wady postępowania.

Z tego względu zarzuty podnoszone przez Odwołującego należy uznać za niezasadne.

Wobec powyższego stwierdza się, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego w petitum odwołania. Z tego względu orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....