Sygn. akt: KIO 1966/19

WYROK

z dnia 15 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2019 r. przez wykonawcę Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Dom Pomocy Społecznej Ruda Różaniecka,
przy udziale wykonawcy Poladex L. Z., M. Z. Spółka Jawna z siedzibą Lubaczewie,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zakresie części III zamówienia: (i) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucenie oferty wykonawcy Poladex L. Z., M. Z. Spółka Jawna z siedzibą Lubaczewie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Dom Pomocy Społecznej Ruda Różaniecka i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Domu Pomocy Społecznej Ruda Różaniecka na rzecz wykonawcy Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Przemyślu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1966/19

UZASADNIENIE

W dniu 2 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołane wykonawcy Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie (dalej „Odwołujący") od czynności Zamawiającego polegających na:

i) braku odrzucenia oferty Poladex L. Z., M. Z. SP.J. z siedzibą 37-600 Lubaczów, ul. Fryderyka Szopena 53 F (dalej „Przystępujący"), mimo, że zawierała on błąd w obliczeniu ceny w postaci błędnej stawki podatku VAT w pozycji 61 - cząber 7g formularza ofertowego w części 3 postępowania;

ii) wybraniu oferty Przystępującego w części 3 mimo, że jego oferta winna zostać odrzucona;

iii) braku wyboru oferty Odwołującego mimo, iż pozostała najkorzystniejszą ofertą spośród nie odrzuconych w zakresie części 3

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert;

2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że zawierała błąd w obliczeniu ceny;

3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części 3 zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; (ii) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenia oferty Przystępującego; (iii) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu, w zakresie części 3 zamówienia; (iv) obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający ogłosił w dniu 11 września 2019 r. postępowanie pod nazwą „Dostawa artykułów spożywczych z podziałem na części dla DPS Ruda Różaniecka", w którym Odwołujący złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ na wszystkie części zamówienia. W dniu 2 października 2019 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej, Zamawiający przesłał Odwołującemu zaproszenie do podpisania

umowy z którego to dokumentu wynikało, iż Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego w zakresie zadania 2.

Odwołujący wskazał, że po analizie dokumentów dotyczących części 3 postępowania, a także postanowień SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, zauważył błąd w stawce podatku Vat w pozycji 61 Cząber 7g w ofercie Przystępującego. Z wyjaśnień jakie przedstawił zaś ten wykonawca wynika, że nie przyporządkował on przyprawy cząber do żadnej z grup PKWiU podobnie jak producent przyprawy, co jest niezgodne z obwiązującymi w tym zakresie przepisami.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z obowiązującą w Polsce Ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług właściwą stawkę vat na dany produkt określamy na podstawie art. 41, a w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2018 r. na podstawie art. 146a (okres przejściowy, przy czym 22 listopada Sejm uchwalił nowelizację ustawy o VAT, zgodnie z którą obecnie obowiązujące stawki VAT, tj. 23 proc. i 8 proc., będą obowiązywać także w 2019 roku i ew. w kolejnych latach, w ustawie o VAT znajdzie się zasada przewidująca, że obniżenie stawek VAT będzie możliwe, gdy zostaną spełnione określone parametry długu publicznego). W załącznikach do wyżej wspomnianej ustawy, stawkę obniżoną np. 5%, 8% stosujemy do produktów lub usług mieszczących się pod określonym symbolem PKWiU 2008. Wymóg stosowania od 1 stycznia 2011 r. do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług, a także w rachunkowości, urzędowych rejestrach i systemach informacyjnych administracji publicznej Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) z 2008 roku wynika wprost z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. (DZ. U. Nr 207, poz. 1293, z późniejszymi zmianami).

Odwołujący dalej wskazał, że podatnik (a takim z pewnością jest każdy przedsiębiorca), ma obowiązek prawidłowo ustalić właściwą stawkę vat na dany produkt (usługę), zgodnie z obowiązującym prawem (tj. zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług). Według Odwołującego, cząber mielony winien zostać zaliczony kodu PKWiU 10.39.13.0 „Warzywa suszone, włączając grzyby", co powoduje, że właściwa stawka VAT to 8%, zgodnie z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT (poz. 26 zał. nr 3 do ustawy), na powyższe dowodem jest zaliczenie do tej grupy PKWiU cząbru przez Urząd Statystyczny w Łodzi, i stosowanie tej stawki przez wszystkich powszechnie znanych producentów przypraw, takich marek jak: Kamis, Prymat, Kotani, Carum, Ziołopex, Cykoria.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego; (ii) ofertę Odwołującego oraz Przystępującego na okoliczność ustalenia ich treści: (iii) wezwanie Zamawiającego z dnia 20 września 2019 r. skierowane do Odwołującego oraz Przystępującego oraz odpowiedzi wykonawców na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz udzielonych wyjaśnień; (iv) interpretację indywidualną Pierwszego Urzędu Skarbowego w Kaliszu z dnia 5 maja 2006 r. PP/443-44/06/V13 oraz Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 10 czerwca 2015 r. IPPP1/4512-265/15-2/KC, faktur VAT, oświadczenie z dnia 1 października 2019 r. „CARUM" Sp. j. na okoliczność wykazania, iż sprzedaż cząbru podlega opodatkowaniu stawką VAT 8%; (v) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający ogłosił w dniu 11 września 2019 r. postępowanie „Dostawa artykułów spożywczych z podziałem na części dla DPS Ruda Różaniecka". Postępowanie zostało podzielone na cztery części: (i) część I - Konserwy i przetwory z mięsa i ryb; (ii) część II - Produkty przemiału ziarna; (iii) część III Artykuły spożywcze; (iv) część IV - Artkuły mleczarskie.

Izba ustaliła, że w dniu 19 września 2019 r. dokonano otwarcia ofert. Do III części zamówienia (będącej przedmiotem odwołania) — Artykuły spożywcze złożono dwie oferty: Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie 21-002 Jastków z oferowana ceną 233 693,56 zł oraz druga oferta złożona przez POLADEX L. Z., M. Z. Spółka jawna 37-600 Lubaczów, ul. Szopena 53 F z oferowaną ceną 198 939,25 zł.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający powziął wątpliwości dotyczące stawek podatku od towarów i usług VAT. Działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający pismem z dnia 20 września 2019 r. wezwał oferenta POLADEX L. Z., M. Z. Spółka jawna oraz Odwołującego do wyjaśnienia stawki podatku VAT w pozycjach: 61 — cząber 7g, 172 — ciastka kruche na wagę, 174 — wafle domowe krojone w kostkę 500 g.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 września 2019 r. POLADEX L. Z., M. Z. Spółka jawna odpowiedział, że cyt.: „Pozycja 61. — Cząber 7g — nie został sklasyfikowany przez producenta firmę HOF-POL do żadnej grupy produktów w PKWiU i obowiązkiem jest zastosowanie podstawowej stawki VAT 23%. Dodatkowo wykonawca przekazał pismo od producenta o stosowaniu przez nich stawki VAT 23%.

Izba ustaliła, że Odwołujący również złożył odpowiedź na wezwanie pismem z dnia 22 września 2019 r. W piśmie wskazał, cyt.: „poz. 61 cząber 7g. kod PKWiU 10.39.13.0 „Warzywa suszone, włączając grzyby". Właściwa stawka VAT to 8 % zgodnie z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT (poz. 26 zał. nr 3 do ustawy)". Ponadto Odwołujący wskazał, że zaliczenie określonego produktu do właściwego grupowania PKWiU należy do obowiązków producenta tego produktu. Wynika to z faktu, że to właśnie producent posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU, tj. informacje niezbędne do właściwego dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania, konstrukcji i przeznaczenia wyrobu lub charakteru usługi.

Izba ustaliła, że w dniu 27 września 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru ofert. W części III zamówienia — Artykuły spożywcze wybrano ofertę POLADEX L. Z., M. Z. Spółka jawna, która uzyskała łącznie 100 punktów. Odwołujący uzyskał 85,13 punktu. Nie odrzucono żadnej oferty i nie wykluczono żadnego wykonawcy.

Ponadto Izba ustalił, że Zamawiający w SIWZ nie zawarł informacji co do stawki VAT jaką wykonawcy mają uwzględnić przy obliczeniu ceny za realizację zamówienia.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu potwierdzały się, co w konsekwencji skutkowało uwzględnieniem odwołania przez Izbę. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, pod warunkiem, że zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT właściwej dla przedmiotu zamówienia, zostawiając wykonawcom określenie jej wysokości. Wymaga również zaznaczenia, że obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT w złożonych ofertach spoczywa na zamawiającym, który obowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe stanowisko wynika treści uchwał Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11). W obu orzeczeniach Sąd Najwyższe odniósł się do zastosowania niewłaściwej stawki VAT. Sąd stwierdził, iż wskazanie w ofercie przez

wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że wskazanie przez wykonawcę z kolei stawki wyższej niż obowiązująca, może nie czynić jego oferty konkurencyjną, nie ma istotnego znaczenia. Dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Ponadto Sąd Najwyższy wskazał, iż w przypadku braku określenia przez zamawiającego stawki VAT w SIWZ, to obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy ma niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności niniejszej spawy, to wskazać należy, że Odwołujący i Przystępujący zastosowali odmienne stawki VAT na sprzedaż cząbru jako jednego z elementów przedmiotu zamówienia. Odwołujący przyjął stawkę VAT 8%, zaś Przystępujący stawkę VAT 23%. Zamawiający zaś nie określił w SIWZ stawki VAT jaką wykonawcy mają uwzględnić w cenie. Tym samym na etapie badania i oceny ofert Zamawiający winien ustalić właściwą stawkę VAT i skonfrontować swoje ustalenia z obliczeniami przyjętymi przez wykonawców. I o ile za prawidłowe uznać należy wezwanie skierowana przez Zamawiającego do Odwołującego jak i Przystępującego o złożenie wyjaśnień co do wysokości stawki VAT m.in. w zakresie opodatkowania sprzedaży cząbru, to jednak wnioski jakie Zamawiający wywiódł na podstawie złożonych wyjaśnień są, w ocenie Izby, błędne.

Po pierwsze, zgodnie zustawy o podatku od towarów i usług (dalej „ustawa VAT") opodatkowaniu tym podatkiem podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Jak stanowi przepis art. 5a ww. ustawy, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne. Od 1 stycznia 2011 r. na potrzeby podatku od towarów i usług stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (dalej „PKWiU") (Dz.U. Nr 207,ze zm.). Zgodnie z przepisem § 3 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz.U. z 2015 r.ze zm.) do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług do dnia 31 grudnia 2018 r. stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU). Należy przy tym zaznaczyć, że od 1.1.2016 r. zaczęło obowiązywać rozporządzenie Rady Ministrów z 4.9.2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz.U. z 2015 r. ze zm.; PKWiU 2015). Jednak zgodnie ztego rozporządzenia dla celów opodatkowania podatkiem VAT do 31.12.2019 r. stosuje się PKWiU 2008.

Należy zatem wskazać, że podatnik (wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia) zobowiązany jest do prawidłowego określenia przedmiotu opodatkowania, co wiąże się z prawidłowym zdefiniowaniem i zaklasyfikowaniem wykonywanych czynności, na podstawie odpowiednich klasyfikacji. Tym samym, aby zastosować prawidłową stawkę VAT, należy w pierwszej kolejności zakwalifikować dany towar lub usługę do właściwego grupowania PKWiU. Obowiązek ten najczęściej spoczywa na producentach towarów. Posiadają wszystkie niezbędne informacje do zaliczenia danego towaru do odpowiedniego grupowania, takie jak: rodzaj użytego surowca, technologii wytwarzania, konstrukcji i przeznaczenia wyrobu itp. Niemniej jednak to do obowiązków podatnika należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do danej stawki VAT, co wynika m.in. z faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie podatnik zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku (art. 106b ustawy o podatku od towarów i usług). Kształtuje to stosunek zobowiązaniowy, o którym mowa w art. 5 ustawy Ordynacja podatkowa. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to ciąży na

nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie. Tym samym klasyfikacja, jaką posługuje się producent, nie daje całkowitej gwarancji jej poprawności. Jeżeli dokona jej nieprawidłowo, błąd ten jest powielany w kolejnych fazach obrotu. Niezależnie więc od tego, czy dostawca zastosował przy sprzedaży właściwą klasyfikację, czy też nie, wykonawca - Przystępujący powinien ustalić, na jakiej podstawie jest ona stosowana, gdyż w przeciwnym razie poniesie skutki błędnego opodatkowania własnej sprzedaży. W tym celu powinien się zwrócić do dostawcy o podanie źródła zastosowanej klasyfikacji (np. opinię urzędu statystycznego). Jeżeli nie będzie to możliwe, wykonawca może sama wystąpić do organu statystycznego o wydanie opinii w tej sprawie i zastosować się do niej przy sprzedaży.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący nie wyjaśnił w sposób wyczerpujący dlaczego zastosował stawkę podatkową 23% do sprzedaży cząbru, nie zaś stawkę 8%. Za wystarczający dowód nie sposób uznać wyjaśnień firmy Hof - Pol. Z ich treści wynika wyłącznie, iż firma ta sprzedaje Przystępującemu cząber ze stawką VAT 23%. Z treści pisma nie wynika w żaden sposób dlaczego taka stawka VAT została przyjęta. W złożonych zaś przez Przystępującego wyjaśnieniach z dnia 23 września 2019 r. wykonawca wskazał wyłącznie, że cząber nie został sklasyfikowany przez firmę HOF - Pol do żadnej grupy produktów w PKWiU, a w konsekwencji obowiązkiem jest zastosowanie stawki VAT 23%. Przystępujący nie wskazał ani nie wyjaśnił w żaden sposób czy ustalił samodzielnie stawkę VAT, czy dokonał jakiejkolwiek weryfikacji poprawności kwalifikacji przyjętej przez firmę HOF - Pol. Rola wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu przetargowym nie ogranicza się do wskazania stawki VAT określonej przez inny podmiot. To wykonawca składa ofertę i to wykonawca ponosi odpowiedzialność za jej treść, w tym za sposób obliczenia ceny i przyjęte stawki VAT. Ani ustawa Pzp ani ustawa VAT nie wprowadza obowiązku stosowania stawek VAT ustalonych przez producenta, a tym bardziej nie zwalnia wykonawcy od samodzielnego określenia stawki VAT przy wykonaniu zamówienia na rzecz zamawiającego. Nie ma też w przywołanych aktach prawnych zasady wspólnej czy solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i producenta za określenie prawidłowej stawki VAT. Tym samym za niewystarczające, w ocenie Izby, uznać należy stanowisko Przystępującego co do poprawności przyjętej stawki VAT w zakresie sprzedaży cząbru na rzecz Zamawiającego.

Wskazać dalej należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznała za prawidłowe stanowisko Odwołującego, iż sprzedaż cząbru podlega opodatkowaniu stawką VAT 8%. Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego podczas rozprawy, z których wynika, że cząber klasyfikowany do kodu PKWiU 10.39.13.0 „Warzywa suszone, włączając grzyby", co powoduje, że właściwa stawka VAT to 8% zgodnie z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT (poz. 26 zał. nr 3 do ustawy). Ani Zamawiający ani Przystępujący nie złożyli żadnego dowodu przeciwnego. W konsekwencji, uznać więc należało, że w ofercie Przystępujący wskazał niewłaściwą stawkę podatku VAT w zakresie sprzedaży cząbru. Błąd wykonawcy co do stawki VAT skutkować winien zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wykonawca zawsze ma prawo zastosować stawkę VAT 23%, zaś możliwość zastosowania stawki VAT 8% to uprawnienie, nie zaś obowiązek wykonawcy. Takie twierdzenie Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w przepisach ustawy o VAT. Ustawodawca w art. 41 ustawy Pzp wprowadza regulację dotyczącą stawek VAT. Obowiązkiem zaś podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określnej stawki VAT. 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. Klasyfikacja dokonana przez firmę Hof-Pol i powtórzona przez Przystępującego w treści oferty jest, w ocenie Izby, nieprawidłowa.

Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż w omawianym stanie faktycznym Przystępujący zastosował stawkę VAT 23%, co tym samym powoduje, iż nie można mówić o błędzie w obliczeniu ceny. W cenie bowiem oferty Przystępującego mieści się bowiem podstawowa stawka podatkowa i jest ona nadal ofertą najkorzystniejszą. Podkreślić należy, za stanowiskiem Sądu Najwyższego, że 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. Nie ma zatem znaczenia przy ocenie błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy wpływ takiego błędu na ranking ofert. Co podkreśla Sąd Najwyższe, istotne dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym, w ocenie Izby, brak jest przesłanek do przyjęcia za prawidłowe stanowiska Zamawiającego, iż zastosowanie stawki VAT 23% pomimo, iż winna być zastosowana stawka VAT 8%, nie może być postrzegane jako błąd w obliczeniu ceny, gdyż oferta Przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą nawet z uwzględnieniem wyższej

stawki podatkowej . Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wymaga zidentyfikowania błędu w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy. Taki błąd został zidentyfikowany i skutkować winien odrzuceniem oferty Przystępującego, niezależenie od jego skali czy matematycznego wymiaru.

Co do stanowiska Zamawiającego o braku obowiązku „poszukiwania stawki preferencyjnej", to zgodzić się należy, że zainteresowany podmiot może się zwrócić się z wnioskiem do Urzędu Statystycznego o pomoc w zakwalifikowaniu określonych produktów, towarów czy usług według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Sam jednak Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że płatnik sam dokonuje klasyfikacji, a tylko w przypadku trudności może zwrócić się do odpowiednich organów o pomoc. Tym samym, o ile podatnik nie ma obowiązku poszukiwania stawki preferencyjnej VAT poprzez wnioskowanie od Urzędu Statystycznego o dokonanie kwalifikacji, o tyle ma on obowiązek ustalenia właściwej stawki VAT, Przystępujący zaś taką stawkę VAT błędnie ustalił.

Ponadto stwierdzenie Zamawiającego, iż posługiwanie się niższą niż wynikającą z przepisów prawa stawką VAT godzi w zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zmniejsza wpływy do budżety uznać należy co do zasady za prawidłowe, jednakże jest ono błędnie interpretowane przez Zamawiającego w okolicznościach niniejszej sprawy. Ratio ustawy Pzp to wybór oferty, która jest zgodna z przepisami prawa. Ustawodawca przewidział odrzucenie oferty wykonawcy w przypadku, gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Nawet jeżeli taka sytuacja skutkuje zmniejszeniem wpływów podatkowych do budżetu państwa, nie może to stanowić usprawiedliwienia dla wyboru oferty, w której wykonawca uwzględnił błędną stawkę VAT.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy

Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b

972).

Przewodniczący: .....