Sygn. akt: KIO 2678/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
29 lipca 2024 r. przez odwołującego JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zespół Opieki Zdrowotnej w Nidzicy z siedzibą w Nidzicy

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego 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.

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 2678/24

U z a s a d n i e n i e

Zespół Opieki Zdrowotnej w Nidzicy z siedzibą w Nidzicy (dalej: Zamawiający) prowadzi
na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługi całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów w Zespole Opieki Zdrowotnej w Nidzicy”, zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
20 czerwca 2024 roku pod numerem: 365117-2024, numer wydania Dz. U. S 119/2024.

29 lipca 2024 r. wykonawca JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 Nr 54 poz. 535 ze zm. – dalej jako: Ustawa o VAT) przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Firma Cateringowa Ireneusz Andrejczyk (dalej: Wykonawca Firma Cateringowa I.A.) jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu z tego powodu, że Wykonawca w formularzu cenowym składanym wraz z ofertą wskazał, że opakowania jednorazowe będące jednym z przedmiotów zamówienia opodatkowane są stawką 8% podatku od towarów i usług VAT natomiast dostawa opakowań jednorazowych zgodnie z przepisami Ustawy o VAT objęta jest stawką podstawową 23% VAT;
2. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp. zw. z art. 266 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy Firma Cateringowa I.A. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta tego Wykonawcy podlegała odrzuceniu jako zawierająca błędy
   w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Wykonawcy Firma Cateringowa I.A.;
3. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał m. in.:
Wykonawca Firma Cateringowa I.A.przedstawił następujący formularz cenowy:
Zamawiający w Formularzu cenowym - Załącznik nr 2, wymagał przedstawienia ceny

w podziale na rodzaj posiłków oraz wyszczególnił oddzielnie, w ilości 2000 szt. opakowania jednorazowe.
Dodatkowo w załączniku nr 5 do SWZ – tj. § 5 ust. 6 projekt umowy Zamawiający zastrzegł, że: „W przypadku szczególnych potrzeb Zamawiającego Wykonawca będzie pakował posiłki w opakowania jednostkowe z przeznaczeniem dla jednego pacjenta. Ilość posiłków wymagających spakowania jednostkowego będzie wskazywana przez Zamawiającego przy składaniu Zamówienia. Wykonawca będzie miał prawo obciążyć Zamawiającego kosztem opakowania jednostkowego zgodnie z złożoną ofertą przetargową".
Zgodnie z Ustawą o VAT, podstawowa stawka VAT wynosi 23%. Jest to standardowa stawka stosowana do wszystkich towarów i usług, które nie zostały objęte preferencyjnymi stawkami VAT (obniżonymi stawkami 5% lub 8%) - art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1) Ustawy o VAT.
Opakowania jednorazowe, takie jak plastikowe kubki, talerze, sztućce, torby foliowe, itp., nie są objęte żadnymi specjalnymi włączeniami ani preferencyjnymi stawkami VAT. Oznacza
to, że nie mieszczą się w kategoriach towarów, dla których ustawodawca przewidział obniżone stawki VAT. Ponadto w związku z faktem, że opakowania jednorazowe zakwalifikowane
są pod numerem PKWiU 22.22. objęte są one stawką podstawową tj. 23%.
W sprawie nie można też mówić o usłudze kompleksowej tj. kompleksowej usłudze żywienia, która powodowałaby, że opakowania jednorazowe, będące przedmiotem zamówienia również byłyby objęte VAT'em w wysokości 8 %. Wynika to wprost z projektu umowy - § 5 ust. 6:
„W przypadku szczególnych potrzeb Zamawiającego Wykonawca będzie pakował posiłki
w opakowania jednostkowe z przeznaczeniem dla jednego pacjenta. Ilość posiłków wymagających spakowania jednostkowego będzie wskazywana przez Zamawiającego przy składaniu Zamówienia. Wykonawca będzie miał prawo obciążyć Zamawiającego kosztem opakowania jednostkowego zgodnie z złożoną ofertą przetargową".
Czynności objęte przedmiotem zamówienia nie stanowią nierozerwalnego świadczenia.
Do obowiązków wykonawcy należy przyporządkowanie wykonywanej usługi do właściwej stawki VAT, co wynika m. in. z faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku VAT. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to na wykonawcy ciąży również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie. W związku ze wskazaniem przez Wykonawcę Firma Cateringowa I.A. błędnej stawki podatku VAT powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.
Zarzut nr 2 ma charakter wynikowy, będący logicznym następstwem naruszeń opisanych
w zarzucie 1. Skoro, jak wykazano, oferta Wykonawcy Firma Cateringowa I.A. podlegała odrzuceniu jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, nieprawidłowa jest czynność wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej.
Dokonanie takiej czynności w stosunku do oferty, która podlegała odrzuceniu powoduje naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp.
6 sierpnia 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.
Wskazał, że zarzut nr 1 jest bezpodstawny, ponieważ Zamawiający w toku prowadzonego postępowania dostosował się do wykładni (interpretacji) przepisów dotyczących naliczania podatku VAT od opakowań w przypadku, gdy jest to połączone z dostawą w tym opakowaniu posiłku lub napoju.
Zgodnie z komunikatem Ministerstwa Finansów z 28 marca 2024 r. pt. „Zasady rozliczenia opłat pobieranych z tytułu sprzedaży opakowań jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje lub żywność na gruncie VAT oraz podatków dochodowych", gdzie wskazano
m. in. że „Stawka podatku VAT zależy od tego czy opakowanie jest sprzedawane razem
z produktem - napojem lub posiłkiem czy jako oddzielny produkt: w przypadku dostawy produktu (napoju lub posiłku) w opakowaniu pobraną opłatę należy opodatkować stawką odpowiadająca temu produktowi, tj. stawką przewidziana dla sprzedawanego towaru (napoju lub posiłku)".
Stosując powyższą wykładnię należy uznać, że zastosowanie stawki VAT 8% przez Wykonawcę Firma Cateringowa I.A. było prawidłowe, ponieważ oferowane przez niego posiłki i napoje są sprzedawane w opakowaniach, a w takiej sytuacji do opakowań stosuje się stawkę VAT jak dla posiłków i napojów czyli 8%. Zamawiający zastrzegł w prowadzonym postępowaniu w załączniku nr 5 do SWZ tj. w projekcie umowy (§ 5 ust. 6), zastrzegł,
że: W przypadku szczególnych potrzeb Zamawiającego Wykonawca będzie pakował posiłki
w opakowania jednostkowe z przeznaczeniem dla jednego pacjenta. Ilość posiłków wymagających spakowania jednostkowego będzie wskazywana przez Zamawiającego przy składaniu Zamówienia. Wykonawca będzie miał prawo obciążyć Zamawiającego kosztem opakowania jednostkowego zgodnie z złożoną ofertą przetargową". Tym samym jest to świadczenie nierozerwalne, kompleksowe i powinno być opodatkowane stawką podatku VAT 8% przewidzianą dla posiłków i napojów, które są dostarczane dla pacjentów ZOZ
w Nidzicy w opakowaniach jednostkowych.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem nr 2. Skoro oferta złożona przez Wykonawcę Firma Cateringowa I.A. nie zawierała błędu w obliczeniu jej ceny (bo prawidłowo określała stawkę podatku VAT od opakowań, w których miały być dostarczane posiłki i napoje
dla pacjentów ZOZ w Nidzicy), to logicznym następstwem było to, że oferta ta nie podlegała ona odrzuceniu i prawidłowo została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron
zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody, które dotyczyły potrzymanych zarzutów odwołania.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie.
Izba ustaliła, co następuje:
Stan faktyczny nie był sporny między uczestnikami postępowania odwoławczego. Spór sprowadzał się oceny, czy oferta złożona przez Wykonawcę Firma Cateringowa I.A. była prawidłowa w zakresie przyjętej przez wykonawcę stawki VAT na opakowania z tworzyw sztucznych (2 000 szt.).
Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest: „świadczenie przez Wykonawcę usługi całodziennego, kompleksowego żywienia pacjentów oraz centralnego zmywania urządzeń
i narzędzi służących do przechowywania, przewozu i podawania żywności. Obejmuje ona:

a. przygotowanie w ilościach wynikających z ilości hospitalizowanych pacjentów z uwzględnieniem wymogów Zamawiającego i zaleceń dietetycznych Instytutu Żywności i żywienia w Warszawie,
b. dostarczanie posiłków do wydzielonego miejsca w Szpitalu („miejsce dostarczenia posiłków"), a następnie wydawanie posiłków pacjentom przez pracowników Wykonawcy (w systemie cateringowym w dostawie do „łóżka pacjenta"),
c. odbiór naczyń od łóżka pacjenta oraz oddziałów Szpitala i Zakładu Opiekuńczo Leczniczego oraz ich transport do zmywalni położnej w siedzibie Zamawiającego,
d. zmywanie i dezynfekcje naczyń stołowych oraz sztućców, a także innych urządzeń służących do przechowywania, przewozu i wydawania żywności, zgodnie z przepisami sanitarno — epidemiologicznymi, do których stosowania zobligowane są podmioty działalności leczniczej.

Odwołujący jako istotny argument wskazał na § 5 ust. 6 Projektu Umowy, zgodnie z którym:
„W przypadku szczególnych potrzeb Zamawiającego Wykonawca będzie pakował posiłki
w opakowania jednostkowe z przeznaczeniem dla jednego pacjenta. Ilość posiłków wymagających spakowania jednostkowego będzie wskazywana przez Zamawiającego przy składaniu Zamówienia. Wykonawca będzie miał prawo obciążyć Zamawiającego kosztem opakowania jednostkowego zgodnie z złożoną ofertą przetargową".
Izba przeprowadziła dowód z dokumentów złożonych przez Odwołującego na okoliczność wykazania faktu, że w poprzednich postępowaniach u Zamawiającego, jak również i u innych zamawiających, w analogicznych sytuacjach wykonawcy przyjmowali stawkę 23% i była ona uznawana za prawidłową. Izba uznała okoliczność tą za udowodnioną, w szczególności,
że Zamawiający potwierdził twierdzenia Odwołującego w tej mierze.
Istotne znaczenie miał też jednak fakt, że wszystkie dokumenty, które Odwołujący złożył
w ww. zakresie jako dowody, pochodziły sprzed komunikatu Ministerstwa Finansów z 28 marca 2024 r.
Izba przeprowadziła też dowód z komunikatu Ministerstwa Finansów z 28 marca 2024 r.
pt.: „Zasady rozliczenia opłat pobieranych z tytułu sprzedaży opakowań jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje lub żywność na gruncie VAT oraz podatków dochodowych".
Zgodnie z treścią tej publikacji: „Stawka VAT zależy od tego, czy opakowanie jest sprzedawane razem z produktem

(napojem lub posiłkiem) czy jako oddzielny produkt:

- w przypadku dostawy produktu (napoju lub posiłku) w opakowaniu pobraną opłatę należy opodatkować stawką odpowiadającą temu produktowi, tj. stawką przewidzianą dla sprzedawanego towaru (napoju lub posiłku),
- w przypadku odrębnej dostawy opakowania, tj. niezależnie od nabycia posiłku lub napoju, VAT pobierany jest według zasad (stawki) właściwych dla nabywanego opakowania (23%).

Uwaga: Za odrębną dostawę opakowania nie należy uznawać sytuacji, w której klient korzystający z usługi restauracyjnej zabiera część spożywanego posiłku w nabytym w tym celu jednorazowym opakowaniu. Dostawa tego opakowania stanowi jednolite z usługą restauracyjną świadczenie ściśle związane ze świadczeniem głównym. W takim przypadku dostawa opakowania będzie opodatkowana według stawki właściwej dla świadczonej usługi (…)".

O ile powyższa publikacja z oczywistych przyczyn nie może być traktowana jako źródło prawa czy powszechnie obowiązująca interpretacja przepisów prawa podatkowego, to trudno też przyjąć, że racjonalnie działający zamawiający zignoruje takiego rodzaju informację opublikowaną na oficjalnej stronie internetowej Ministerstwa Finansów. Ponadto, co istotne

w sprawie, publikacja Ministerstwa Finansów wprost odnosi się do stanów faktycznych takich, jak przedmiotowej sprawie. Izba ustaliła, że w dokumentach postępowania brak jest postanowień wskazujących na zamiar Zamawiającego nabywania przez niego samych opakowań w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Fakt ten potwierdził w toku rozprawy sam Zamawiający, a Odwołujący mu nie zaprzeczył.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że nie ma podstaw do uznania, że oferta Wykonawcy Firma Cateringowa I.A. zawierała błąd w obliczeniu ceny. Dostawa opakowań

na rzecz Zamawiającego nie stanowi samodzielnego elementu realizacji przedmiotu zamówienia, jest nierozerwalnie związana z usługą kompleksowego żywienia pacjentów.

Co za tym idzie, zgodnie z komunikatem Ministerstwa Finansów z 28 marca 2024 r. przyjęcie stawki VAT wynoszącej 8% dla opakowań było prawidłowe - należało przyjąć stawkę odpowiadającą podstawowemu produktowi, tj. stawkę przewidzianą dla sprzedawanego towaru tj. napoju lub posiłku.

Fakt, że we wcześniejszych postępowaniach Zamawiający stosował odmienne zasady,

tj. zgodne z postulowanymi przez Odwołującego, nie miał znaczenia w sprawie. Zamawiający wcześniej stosował na opakowania stawkę podstawową, tj. 23%, a po komunikacie Ministerstwa Finansów uznał za konieczne zmienić sposób prowadzenia postępowań. Trudno zatem przypisać Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, w sytuacji gdy zastosował się on

do wytycznych opublikowanych przez jednostkę administracji państwowej odpowiedzialną

m. in. za kwestie podatkowe.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący …….....