

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Catering Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o.

z siedzibą lidera w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kościanie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnia Socjalna Bon Appetit z siedzibą w Kościanie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kościanie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Catering Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Łodzi, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Kościanie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Catering Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Łodzi kwotę 11 117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1021/24

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kościanie (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Świadczenie usługi w zakresie przygotowania i dystrybucji całodziennego wyżywienia dla pacjentów SPZOZ w Kościanie”, numer referencyjny: ZP.26.07.2024 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 lutego 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00208416. Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Catering Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Łodzi (dalej „odwołujący”), zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Spółdzielni Socjalnej Bon Appetit z siedzibą w Kościanie (dalej „Bon Appetit”); zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Bon Appetit w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bon Appetit w sytuacji, gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny albowiem wykonawca ten zastosował błędną stawkę podatku VAT na dostarczenie następujących produktów spożywczych: herbaty, kleiku ryżowego, kisielu gorący kubek, dżemu owocowym, kaszce ryżowej malinowej, kaszce ryżowej malinowej, kaszce ryżowo - mleczna bananowej, kaszce

ryżowo mlecznej bananowej, mleku UHT 2%, sucharach, biszkoptach (porcjowane na osobę), obiadach w słoikach od 4- 6 miesiąca życia, obiadach w słoikach od 6- 12 miesiąca życia, sera topionego, maśle, margarynie, musie jabłkowym;

2.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Bon Appetit jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy podlega ona odrzuceniu.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bon Appetit oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Na potwierdzenie zasadności podnoszonych zarzutów odwołujący wskazał na następującą argumentację. Na wstępie przypomniał zapisy Rozdziału XV Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), w którym opisano sposób obliczenia ceny oferty. W ust. 1 zamawiający oczekiwał, aby wykonawca podał cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ, w oparciu o załącznik nr 3 Szczegółowy zakres przedmiotowy z określeniem cen jednostkowych. Z kolei w ust. 2 przewidział, że cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi zgodna z ustawą o podatku VAT.

Z kolei w Rozdziale XIV SWZ - Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów, zamawiający przewidział między innymi (ust. 8), że: Szczegółowy zakres przedmiotowy wraz z określeniem cen jednostkowych - załącznik nr 3 do SWZ. W tabeli Załącznika nr 3 należało wycenić dostarczone produkty spożywcze, wymienione w tym załączniku.

Dalej odwołujący argumentował, że wykonawca Bon Appetit, składając swoją ofertę dokonał wyceny tych produktów. Przy tym, w cenie herbaty został uwzględniony podatek VAT 8%, a powinien zostać uwzględniony podatek VAT w wysokości 23%. Z kolei w cenie: kleiku ryżowego, kisielu gorący kubek, dżemu owocowym, kaszce ryżowej malinowej, kaszce ryżowej malinowej, kaszce ryżowo mlecznej bananowej, kaszce ryżowo mlecznej bananowej, mleku UHT 2%, sucharach, biszkoptach (porcjowane na osobę), obiadach w słoikach od 4- 6 miesiąca życia, obiadach w słoikach od 6- 12 miesiąca życia, sera topionego, maśle, margarynie, musie jabłkowym został uwzględniony podatek VAT 8% powinna być stawka 0%.

Wyjaśniał, że sprzedaż herbaty ekspresowej nie jest objęta żadną, obniżoną stawką podatku i wynosi 23%. Powyższe potwierdza Wiążąca Interpretacja Stawkowa, wydana przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej w dniu 23 marca 2021 r. w sprawie 0110-KSI1- 2.442.1.2021.4.ST. Zgodnie bowiem z § 10 rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 9 grudnia 2023 r. w sprawie obniżonych stawek podatku od towarów i usług do dnia 31 marca 2024 r. obniżoną do wysokości 0 % stawkę podatku stosuje się również do towarów spożywczych wymienionych w poz. 1 - 18 załącznika nr 10 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56).

Wyżej opisane produkty, w dniu składania ofert, jak i na dzień składania niniejszego odwołania, są objęte stawką podatku VAT 0 %, albowiem wymienione są w załączniku nr 10 w poz. 1 - 18. ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Odwołujący zauważył także, że wykonawca Bon Appetit nie mógł także w tym przypadku zastosować 8 % stawki podatku VAT do dostawy produktów spożywczych, określonych w załączniku nr 3 do SWZ w tabeli nr 3, jako usługi kompleksowej w stosunku do usługi żywienia w ramach programu Dobry posiłek, wycenionej w tabeli nr 1 załącznika nr 3 do SWZ. Zamawiający traktuje te elementy zamówienia jako oddzielne, przewidział ich odrębną wycenę. Dostarczenie produktów spożywczych, określonych w tabeli nr 3 w załączniku nr 3 do SWZ, nie zostało przewidziane, jako element dostarczenia posiłków w ramach programu Dobry posiłek, oba świadczenia nie zostały objęte jedną ceną ryczałtową. Wręcz przeciwnie, oba świadczenia są traktowane przez zamawiającego jako świadczenia oddzielne. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3362/23, w którym Izba w analogicznym stanie faktycznym stwierdziła, iż dostawa produktów spożywczych i świadczenie usługi cateringowej, objęte jednym zamówieniem, nie stanowią usługi kompleksowej, jeżeli zamawiający wymaga ich oddzielnej wyceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że za błąd w obliczeniu ceny uznaje się przyjęcie przez wykonawcę do wyliczenia ceny niewłaściwej stawki podatku VAT. Takiego błędu co do zasady nie można poprawić, a jego konsekwencją jest odrzucenie oferty. Błąd w obliczeniu ceny to każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej. Zgodnie z art. 226 ust. 1

pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Do obowiązków wykonawcy należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do właściwej stawki VAT. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wykonawcy, to ciąży na nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie.

Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać każdy wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT w przypadku, gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11). W takim przypadku 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 stwierzonego uchybienia. Nie ma przy tym znaczenia przy ocenie błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy wpływ takiego błędu na ranking ofert.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 12 kwietnia 2024 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy pismo procesowe - Odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Wobec podtrzymania przez odwołującego zarzutów odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, jego oferta uplasowała się w rankingu na pozycji drugiej, a w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, to oferta odwołującego miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie zarzucanych przez odwołującego czynności, zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła na wstępie, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt IV SWZ jest świadczenie usług w zakresie przygotowania i dystrybucji całodziennego wyżywienia dla pacjentów Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Kościanieul. Szpitalna 7. Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiący Załącznik nr 6.1. i 6.2. do SWZ.

Z kolei projekt umowy stanowił załącznik nr 7 do SWZ. W § 2 tego projektu zamawiający przewidział, że (ust. 1) Podatek od towarów usług (VAT) naliczony zostanie zgodnie z obowiązującymi przepisami. Z kolei w § 7 ust. 1 zamawiający wskazał: Umowa obowiązuje w okresie od r. do r., jednakże może być kontynuowana do dnia zrealizowania kwoty ofertowej równej: brutto PLN, w tym kwota netto: PLN. Ust. 2 otrzymał brzmienie: Wartość, o której mowa w ust. 1 może ulec zmianie w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT lub w przypadku zmian cenowych korzystnych dla zamawiającego. Zgodnie z ust. 3: Ceny brutto wynikające ze zmiany obowiązującej stawki VAT ulegną zmianie, przy zachowaniu cen netto podanych w ofercie. Ust. 4: Wynagrodzenie należne Wykonawcy podlega automatycznej waloryzacji (bez obowiązku wprowadzenia aneksem) odpowiednio o kwotę podatku VAT, wynikającą ze stawki tego podatku, obowiązującą w chwili powstania obowiązku podatkowego. Ust. 5: Strony zastrzegają prawo do negocjacji cen jednostkowych w przypadku konieczności zapłaty Wykonawcy ceny wyższej, powstałej w wyniku zmiany stawki podatku VAT. Ust. 6: Podstawą dokonania zapłaty wynagrodzenia będzie zatwierdzone przez Zamawiającego pisemne rozliczenie wykonania umowy w okresie rozliczeniowym oparte o dowody wykonania poszczególnych partii tj. (dzienne raporty o stanie żywienia, pokwitowania wykonania). Zamawiający obowiązany jest do dokonania rozliczeń wykonania umowy w terminie nie dłuższym niż 5 dni od ich otrzymania. Ust. 7: Wynagrodzenie za sukcesywnie wykonywane usługi wraz z podatkiem od towarów i usług (VAT) płatne będzie w

okresach miesięcznych w terminie 30 dni od daty otrzymania poprawnie zredagowanej przez Wykonawcę faktury i dokonanej rozliczenia o którym mowa w ust. 7.

W pkt XIV SWZ - Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów zamawiający wskazał: (ppkt 1) Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę; (ppkt 2) Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ; (ppkt 3) Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym - zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć: (1) oświadczenia, o których mowa w Rozdziale X ust. 1 SWZ; (2) zobowiązanie innego podmiotu, o którym mowa w Rozdziale XI ust. 3 SWZ (jeżeli dotyczy); (3) dowód wniesienia wadium (jeżeli dotyczy); (4) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy); (5) Szczegółowy zakres przedmiotowy wraz z określeniem cen jednostkowych - załącznik nr 3 do SWZ.

Z kolei w pkt XV SWZ - Sposób obliczenia ceny oferty zamawiający przewidział: (ppkt 1) Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. W oparciu o załącznik nr 3 Szczegółowy zakres przedmiotowy z określeniem cen jednostkowych; (ppkt 2) Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi - zgodna z ustawą o podatku VAT (uzupełnić) %; (ppkt 3) Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia; (ppkt 4) Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku; (ppkt 5) Zamawiający nie przewiduje rozliczeń w walucie obcej; (ppkt 6) Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia.

Izba ustaliła ponadto, że zgodnie z pkt XIX SWZ, w którym zamawiający zawarł opis kryteriów oceny ofert, jedynym kryterium decydującym o wyborze oferty najkorzystniejszej jest cena - 100%.

Ponadto ustalono, że wykonawcy kierowali do zamawiającego pytania, z prośbą o wyjaśnienie treści SWZ, w tym między innymi w zakresie odnoszącym się do Opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający udzielił odpowiedzi, w tym między innymi w piśmie z 27 lutego 2024 r. W odpowiedzi na pytanie nr 21: Czy Zamawiający dopuszcza planowanie zupy mlecznej z innymi dodatkami skrobiowymi niż płatki kukurydziane dla oddziału dziecięcego? Rozporządzenie oraz IŻŻ rekomenduje podaż produktów takich jak płatki pszenne, owsiane, jęczmienne itd. będących źródłem błonnika oraz wielu składników odżywczych i witamin, dlatego jako Wykonawca wnosimy o modyfikację zapisu w Załączniku nr.6.1 pkt. 16 wyjaśnił: Zgodnie z załącznikiem nr 6.1 pkt.16, od wykonawcy nie oczekujemy przygotowania zupy mlecznej na oddział dziecięcy, prosimy tylko o suche kakao, płatki kukurydziane, a czasami rodzice mają swoje płatki, które dzieci lubią i przygotowywane są indywidualnie, gdy nie ma przeciwwskazań. Z kolei odpowiadając na pytanie nr 35: Czy Zamawiający dopuszcza planowanie kakao z mlekiem w diecie łatwostrawnej dla dzieci?, udzielił odpowiedzi: Jak już wcześniej wspomniałam my chcemy suche kakao, ponieważ personel na oddziale dziecięcym przygotowuje jak dziecko chce kakao lub herbatę, gdy oczywiście nie ma żadnych przeciwwskazań. Można w diecie łatwostrawnej raczej planować herbatę.

Termin składania ofert wyznaczono na dzień 21 marca 2024 r. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: (1) wykonawcy Bon Appetit: wartość brutto oferty 3 241 261,00 zł.; (2) odwołującego: cena brutto 3 318 397,65 zł.

Izba ustaliła, że wykonawca Bon Appetit złożył, wraz z ofertą Załącznik nr 3, zawierający Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia wraz z szacunkowym określeniem ilości i cen. Załącznik ten został podzielony w następujący sposób: TABELA NR 1.1. Diety z programu „Dobry posiłek” - obowiązuje od 01.04 - 30.06.2024 r.; Tabela NR 1.2. Diety nie będące w programie - obowiązuje od 01.04. - 30.06.2024 r.; Tabela NR 1.3. Diety bez programu - obowiązuje od 01.07.2024 - 30.04.2026 r.; Wymagane diety według których wykonawca będzie zobowiązany przygotować posiłki - Tabela nr 2 oraz Tabela nr 3 - Produkty spożywcze. W każdej z tabel wykonawca podawał cenę jednostkową netto, cenę jednostkową brutto, a następnie wyliczał wartość brutto danej pozycji. Zsumowanie tych wartości dawało możliwość wyliczenia łącznej ceny ofertowej. W złożonej przez Bon Appetit ofercie, w Tabeli nr 3, w cenie herbaty ekspresowej (poz. 1) został uwzględniony podatek VAT 8%, z kolei w cenie: kleiku ryżowego (poz. 3), kisielu gorący kubek (poz. 5), dżemu owocowego (poz. 6), kaszce ryżowej malinowej (poz. 7), kaszce ryżowej bananowej (poz. 8), kaszce ryżowo mlecznej malinowej (poz. 9), kaszce ryżowo mlecznej bananowej (poz. 10), mleku UHT 2% (poz. 11), sucharach (poz. 13), biszkoptach (porcjowane na osobę) (poz. 14), obiadach w słoikach od 4- 6 miesiąca życia (poz. 15), obiadach w słoikach od 6- 12 miesiąca życia (poz. 16), sera topionego (poz. 17), maśle (poz. 18), margarynie (poz. 19), musie jabłkowym (poz. 20) został uwzględniony podatek VAT 8%.

Izba ustaliła, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Bon Appetit, o czym poinformował wykonawców w piśmie z 21 marca 2024 r. Z decyzją powyższą nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 26 marca 2024 r.

odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak też zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie, biorąc pod uwagę treść zarzutów, należy przywołać przepisy ustawy Pzp, które znajdują zastosowanie w rozpoznawanej sprawie.

W art. 16 ustawy Pzp wskazano, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (2) przejrzysty; (3) proporcjonalny.

Zgodnie z przepisem art. 226 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi natomiast, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wskazywał na naruszenie powyższych przepisów ustawy Pzp podnosząc, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Bon Appetit pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, a zatem decyzja zamawiającego naruszała przepisy art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, błędne podanie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11 przesądził, że *Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że: jeżeli jednak zamawiający opisując w s.w.i.z. sposób obliczania ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną o zobowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. O porównywalności ofert można bowiem mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.*

Stanowisko to zachowuje aktualność na tle obecnie obowiązującej ustawy Pzp. Po pierwsze przesądza ono, że na zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie określenia właściwej stawki podatku VAT. Zamawiający ma bowiem obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami prawa przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tym samym obowiązkiem zamawiającego w niniejszym postępowaniu było zweryfikowanie czy naliczona przez wykonawcę Bon Appetit stawka podatku VAT jest prawidłowa. Bez znaczenia przy tym są wywody zamawiającego zawarte w Odpowiedzi na odwołanie, iż *konstruuje formularz ofertowy i załącznik nr 3, nie zawarł w żadnym miejscu wymagania, aby wykonawca zobowiązany był do podania kwoty lub stawki należnego podatku VAT.* Zamawiający całkowicie pomija, że oczekiwał od wykonawcy nie tylko podania ceny brutto, ale też ceny netto za dany produkt, a zatem w łatwy sposób można wyliczyć jaką stawkę podatku VAT wykonawca w danej pozycji zastosował.

Ponadto, co kluczowe w sprawie, sam zamawiający w SWZ zawarł wymaganie, że stawka podatku VAT winna być zgodna z ustawą o VAT. Tym samym jego obowiązkiem było dokonanie takiej weryfikacji, której celem, jak zwrócił na powyższe uwagę Sąd Najwyższy w cytowanych uchwałach, jest możliwość porównania złożonych ofert.

Należy w tym miejscu ponownie wskazać na stanowisko Sądu Najwyższego który sprecyzował, że decyzja zamawiającego co do odrzucenia oferty wykonawcy, zależy od tego jakie zapisy znalazły się w dokumentacji prowadzonego postępowania, w odniesieniu do zastosowanej stawki podatku VAT tj. czy zamawiający pozostawił wysokości stawki podatku VAT do samodzielnego ustalenia oraz zastosowania przez wykonawców, w oparciu o obowiązujące przepisy, czy też wskazał w SWZ i przesądził jaka stawka podatku VAT jest właściwa w przypadku tego konkretnego przedmiotu zamówienia. W pierwszej z opisywanych sytuacji naliczenie niewłaściwej stawki podatku VAT, skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, w tej drugiej natomiast zamawiający może dokonać poprawienia oferty wykonawcy, w

oparciu o przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z kolei analiza zapisów SWZ w rozpoznawanej sprawie wskazuje, że zamawiający pozostawił w tym przypadku decyzję co do określenia właściwej stawki podatku VAT wykonawcom, gdyż w pkt XV SWZ - Sposób obliczenia ceny oferty ppkt 2 wskazał, iż: *Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi - zgodna z ustawą o podatku VAT (uzupełnić) %* Na powyższy obowiązek wskazuje też projekt umowy - Załącznik nr 7 do SWZ, gdzie w § 2 ust. 1 wskazano, iż: *podatek od towarów usług (VAT) naliczony zostanie zgodnie z obowiązującymi przepisami*, w dalszej części opisując procedurę, która będzie miała miejsce w przypadku, gdy wysokość tego podatku ulegnie zmianie w toku realizacji zamówienia. Trafnie bowiem zwrócił uwagę odwołujący na rozprawie, że skoro w § 7 ust. 3 projektu umowy przewidziano mechanizmy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany stawki podatku VAT, to zamawiający musi wiedzieć jaka stawka jest właściwa w dniu składania ofert i jaką stawkę przyjął dany wykonawca w złożonej ofercie. Bez przeprowadzenia takiej weryfikacji nie będzie wiedział czy zastosowanie w danym przypadku mechanizmu waloryzacji będzie konieczne i zasadne, w przypadku gdy stawka ta ulegnie zmianie.

Mając na uwadze powyższe należy zaznaczyć, że z dokumentów zamówienia bezspornie wynika, iż ustalenie i określenie właściwej stawki podatku VAT spoczywało na wykonawcach składających ofertę, a ponadto to na zamawiającym ciążył obowiązek weryfikacji czy w złożonych ofertach zastosowane stawki podatku VAT, są prawidłowe. Zamawiający tych obowiązków zaniechał, czym naruszył wymienione wyżej przepisy ustawy Pzp, ale też zasady wyrażone w art. 16 ustawy Pzp tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie było zatem ustalenie czy stawka podatku VAT, wskazana w ofercie Bon Appetit była właściwa, czy też jak twierdził odwołujący, została naliczona błędnie, a w konsekwencji wypełniła się podstawa dla odrzucenia oferty tego wykonawcy, opisana w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W tym miejscu skład orzekający pragnie podkreślić, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie ustala prawidłowości stawki VAT w taki sposób, jak czynią to organy podatkowe, od których podatnik może uzyskać indywidualną informację podatkową i wiążącą informację stawkową (WIS).

Zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie, wiążąca informacja stawkowa i interpretacja indywidualna to dwie odrębne instytucje prawne, obsługiwane przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Interpretacje indywidualne funkcjonują od 2007 r., natomiast decyzje WIS są wydawane od 2019 r. Przepisy prawa podatkowego określają różne tryby postępowania w celu uzyskania WIS i interpretacji indywidualnych. Odmienny jest także zakres podmiotowy i przedmiotowy obu tych instytucji. W efekcie inna jest też procedura wydawania WIS i interpretacji indywidualnych. Do wydawania WIS stosuje się art. 42a – 42i ustawy o VAT, jak również przepisy działu IV Ordynacji podatkowej, z wyłączeniem rozdziałów 17, 18, 19 i 20. Natomiast w zakresie wydawania interpretacji indywidualnych stosuje się przepisy art. 14b-14s Ordynacji podatkowej. W celu uzyskania kompleksowej informacji dotyczącej podatku VAT, obejmującej zarówno stawkę, jak i inne elementy konstrukcyjne podatku, np. wyeliminowanie obowiązku zastosowania zwolnienia czy ustalenie podstawy opodatkowania, konieczne jest złożenie zarówno wniosku ORD-IN, aby otrzymać interpretację indywidualną (w zakresie np. wyeliminowania lub zastosowania zwolnienia oraz ustalenia podstawy opodatkowania), jak i wniosku WIS-W, aby otrzymać WIS (w zakresie stawki podatku VAT).

Organy podatkowe są więc wyłącznie właściwe do wydawania wiążących informacji w zakresie stawki VAT, z kolei rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest jedynie ocena prawidłowości przyjętej w ofercie stawki podatku VAT w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie. Izba zatem ocenia czy wskazana w ofercie stawka VAT jest właściwa, mając na uwadze opisany przedmiot zamówienia, zakres czynności, które są wyceniane przez wykonawcę, a także w oparciu o dowody przedłożone przez strony postępowania. W konsekwencji nie mogą stanowić podstawy dla ustalenia właściwej stawki podatku VAT wnioski płynące z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że dla danego przedmiotu zamówienia in abstracto określona stawka VAT jest prawidłowa.

Izba wydaje bowiem, o czym przesądza art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, swoje orzeczenia indywidualnie, w każdej sprawie, na podstawie ustalonego stanu faktycznego, w tym mając na uwadze określone zapisy w dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążące wyłącznie dla stron postępowania odwoławczego, i ostatecznie może okazać się, że prawidłowa stawka VAT, ustalona jako wiążąca dla danego przedmiotu zamówienia przez właściwe organy podatkowe jest inna, niż ta, która ustalona została na podstawie materiału dowodowego, złożonego przez strony postępowania odwoławczego.

Izba, po analizie dokumentacji prowadzonego postępowania, zapisów SWZ, jak też przepisów które znajdują

zastosowanie w niniejszej sprawie, w tym przepisów ustawy o VAT oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z 9 grudnia 2023 r. w sprawie obniżonych stawek podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2024 r., poz. 387) - dalej „Rozporządzenie MF” uznała, iż należy podzielić twierdzenia odwołującego, że naliczona przez Bon Appetit stawka podatku w przypadku wymienionych artykułów - była nieprawidłowa.

Trafnie bowiem odwołujący podnosił, że w przypadku herbaty ekspresowej należało zastosować, w miejsce naliczonej stawki VAT - 8 %, stawkę podstawową w wysokości 23 %. Powyższe potwierdza przywołana przez odwołującego wiążąca interpretacja stawkowa, wydana przez Dyrektora Krajowej Izby Skarbowej w dniu 23 marca 2021 r., na podstawie art. 207 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa, nr 0110-KSI1-2.442.1.2021.9.ST w której dla towaru „herbatka ekspresowa” określono stawkę podatku VAT w wysokości 23 %. Z kolei w przypadku pozostałych produktów właściwą jest stawka

VAT - 0 %, co wynika z cytowanego wyżej Rozporządzenia MF, w którym w § 10 ust. 1 ustawodawca przesądził, że do dnia 31 marca 2024 r. obniżoną do wysokości 0% stawkę podatku stosuje się również do towarów spożywczych wymienionych w poz. 1-18 załącznika nr 10 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług

w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56). Tym samym produkty, będące przedmiotem zamówienia, oferowane w Tabeli nr 3 w dniu składania ofert w postępowaniu były objęte zerową stawką podatku VAT, gdyż wymienione zostały w Załączniku nr 10, poz.

1-18 ustawy o VAT.

Trafnie również odwołujący zauważył, że w tym przypadku niemożliwe było zastosowanie stawki 8 % do dostawy ww. produktów spożywczych, gdyż nie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowej usługi cateringowej, w przypadku których zastosowanie 8 % stawki VAT byłoby uzasadnione. Trafnie bowiem podnosił odwołujący, że zamawiający w ramach postępowania wyodrębnił dostawy produktów spożywczych, opisanych w Tabeli 3. W odniesieniu do wszystkich pozycji wymienionych w tym załączniku wymagał określenia cen jednostkowych, bowiem produkty te będą zamawiane w sposób odrębny, zgodnie z potrzebami zamawiającego, a następnie rozliczane samodzielnie

na podstawie cen jednostkowych. Powyższe znajduje potwierdzenie w stanowisku zamawiającego, który udzielając odpowiedzi na pytania nr 21 i nr 35, w piśmie kierowanym

do wykonawców z 27 lutego 2024 r. wyjaśnia, że w ramach tego zamówienia oczekuje dostawy produktów, z których następnie na oddziale będą przygotowywane napoje. Przesądza

to o tym, że produkty powyższe zamawiane są odrębnie od usług cateringowych, opisanych w innych tabelach.

W konsekwencji Izba uznała, że w ofercie Bon Appetit wystąpił błąd w obliczeniu ceny, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W świetle powyższego Izba uznała także za zasadne naruszenie art. 239 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisanymi w ustawie Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił złożone oferty, w rezultacie czego dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bon Appetit, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437), obciążając kosztami zamawiającego i zasądzając na rzecz odwołującego koszty postępowania tj. wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty od udzielonego pełnomocnictwa.

Przewodnicząca:.....