

WYROK

Warszawa, dnia 17 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 r. przez wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.K. EURO – MAX w Lusławicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Europejskie Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach przy udziale wykonawcy M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. MISTERIUM w Wojniczu,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.K. EURO – MAX w Lusławicach 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 M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.K. EURO – MAX w Lusławicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Europejskie Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy Małgorzaty Krajewskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą M.K. EURO – MAX w Lusławicach na rzecz zamawiającego Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 192/25

Uzasadnienie

Zamawiający Europejskie Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Sukcesywne świadczenie usług cateringowych w 2025 roku dla Europejskiego Centrum Muzyki K.P. – 3 części” (znak sprawy: ECM-4/2024). Wartość zamówienia jest niższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 grudnia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00639081

Dnia 20 stycznia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.K. EURO – MAX w Lusławicach (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

1. Wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w odniesieniu do Części I, tj. Wyboru oferty wykonawcy M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. MISTERIUM w Wojniczu.
2. Odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu w odniesieniu do Części I jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy oferta ta sporządzona została prawidłowo i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty złożonej przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. MISTERIUM, podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert.

3.art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niedostateczne uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosil o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci wyboru oferty wykonawcy M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. MISTERIUM, tj. czynności z dnia 13 stycznia 2025 r. w odniesieniu do Części I przedmiotu zamówienia - to na zasadzie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, tj. czynności z dnia 13 stycznia 2025 r. w odniesieniu do Części I przedmiotu zamówienia - to na zasadzie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.
3. Nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej z udziałem niepodlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego w odniesieniu do Części I przedmiotu zamówienia - to na zasadzie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę oferta Odwołującego będzie klasyfikowana jako najwyżej oceniona względem kryteriów oceny wynikających z SWZ, skutkiem czego Odwołujący będzie miał duże szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że gdyby zaniechał wniesienia odwołania - to w obliczu czynności podjętych przez Zamawiającego nie miałby żadnych szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 13 stycznia 2025 r. (Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach I-III oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w części I). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 20 stycznia 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W dniu 5 lutego 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (opatrzoną datą 27 stycznia 2025 r.), w której wnosil o oddalenie odwołania, ze względu na prawidłowe zastosowanie przez Zamawiającego przepisów, których naruszenie Odwołujący wskazuje.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, w związku z czym Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.J. MISTERIUM w Wojniczu. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczność przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. MISTERIUM w Wojniczu (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 5 lutego 2025 r. do akt sprawy Przystępujący złożył pismo procesowe.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego i pisma procesowego z dnia 5 lutego 2025 r. złożonego przez Przystępującego.

Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego dowodu nr 1 przedłożonego przez Odwołującego podczas posiedzenia przed KIO, w postaci wydruku wyroku Izby o sygn. akt: KIO 735/13, na okoliczność wykazania, że w 2013 r. Izba miała świadomość istnienia świadczenia kompleksowego, jak również dowodu nr 2 przedłożonego przez Odwołującego w postaci zał. A do SWZ z postępowania prowadzonego w ubiegłym roku oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, na okoliczność wykazania, że Odwołujący wskazał wtedy również 8% stawkę podatku VAT i Zamawiający nie miał w tym zakresie wątpliwości, stwierdzając, że dowody te nie mają znaczenia dla sprawy i zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba wskazuje, że treść wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 735/13 nie była sporna między stronami, zaś fakt, że w ubiegłym roku Odwołujący złożył ofertę wskazując jednakową stawkę podatku VAT nie

przesądza o tym, że działania podjęte wówczas przez Zamawiającego były prawidłowe.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w oparciu o ustawę Pzp postępowanie pn. „Sukcesywne świadczenie usług cateringowych w 2025 roku dla Europejskiego Centrum Muzyki K.P. – 3 części”.

Zgodnie z § 16 ust. 6 pkt 4 SWZ:

„6. W ofercie, o której mowa w ust. 6, Wykonawca ma obowiązek:

(...)

4) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą Wykonawcy, będzie miała zastosowanie.”

W zakresie części I wykonawcy byli zobowiązani do wypełnienia załącznika A do SWZ formularza ofertowego dla części I.

8 stycznia 2025 r. działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny zamówienia w zakresie przyjętej stawki VAT określonej w formularzu cenowym części I. Zamawiający wskazał, że Odwołujący we wszystkich pozycjach formularza cenowego części I (za wyjątkiem pozycji 1 wiersze 40 i 48 – Kapsułki) przyjął jedną stawkę podatku VAT – 8%

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił:

„Zgodnie z klasyfikacją PKWiU wszelkie usługi świadczone poza lokalem są usługami cateringowymi usługi cateringowe opodatkowane są stawką 8% VAT catering obejmuje usługi dostarczania gotowej i nie gotowej żywności oraz napojów wraz z odpowiednimi usługami wspomagającymi np. usługi kelnerskie czy logistyczne w związku z powyższym zastosowałam stawkę podatku 8%.

Zgodnie z ustawą herbata, kawa i napoje butelkowane opodatkowane są stawką 23% w przypadku usługi kompleksowej gdzie nie można określić konkretnej ilości wypitej herbaty można rozliczyć stawką 8% i taką zastosowałam, natomiast napoje butelkowane sukcesywnie będą ujmowane na f-rze oddzielnie jako dostawa napojów nie wpłynie to jednak na cenę brutto zamówienia poz. 1Di 1F Formularza ofertowego.”

13 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że: „oferta zawiera błędy w obliczaniu ceny. Wykonawca błędnie zastosował w pozycji formularza cenowego części I przedmiotowego zamówienia w pozycji 1 wiersze 2,8,14,20,26 (śniadanie), 1 wiersze 3,9,15,21,27 (obiad) oraz w pozycji 1 wiersze 4,10,16,22,28 (Kolacja) formularza cenowego części I przedmiotowego zamówienia jedną stawkę podatku VAT – 8%. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający wymagał, aby cena posiłków uwzględniała koszt napojów zimnych (woda mineralna, soki), przy czym dla napojów

butelkowanych obowiązuje stawka VAT wynosząca 23%. Ponadto w ramach wyżywienia całodziennego Wykonawca powinien zapewnić serwis herbaciany/kawowy dostępny od śniadania do kolacji lub w czasie wskazanym przez Zamawiającego w trybie roboczym, a ceny

poszczególnych posiłków (śniadania, obiadu, kolacji) powinny zawierać koszt napojów zimnych

i serwisu herbacianego/kawowego. Wykonawca założył jednolitą stawkę VAT dla całej części I zamówienia (z wyłączeniem serwisu kawowego), co było niezgodne z przepisami podatkowymi.

Napoje zimne, takie jak woda mineralna w butelkach, nie mogły być opodatkowane stawką 8%,

ponieważ są wyodrębnioną dostawą towarów (art. 7 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U z 2024 poz. 1721 ze zm.) i podlegają stawce VAT 23%. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, Wykonawca stwierdził, że napoje stanowią integralną część usługi i mogą być opodatkowane stawką VAT 8%.”

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:

- odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, a także niedostateczne uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 należy zauważyć, że zgodnie z obowiązującymi przepisami za prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT odpowiada przedsiębiorca (wykonawca). Nie można w związku z tym zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że użycie przez Zamawiającego w załączniku A do SWZ pojęcia „stawka” w liczbie pojedynczej przesądza o tym, że nie można było wskazać różnych stawek dla posiłków i napojów. Stawka odnosi się do towaru, a nie do oferty. Treść formularza nie przesądza o wysokości zastosowanej stawki, decydujące znaczenie mają przepisy. Odwołujący podniósł, że formularz został przygotowany w taki sposób, że nie było możliwości wpisania dwóch różnych stawek, natomiast wykonawcy nie byli uprawnieni do dokonania zmiany formularza. Izba wskazuje, że argumentacja

Odwolującego nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Zamawiający nie zastrzegł bowiem, że nie można modyfikować poszczególnych rubryk formularza. Dodatkowo w pozycji obiad znalazły się dwie rubryki, nie było w związku z tym przyjmując argumentację Odwołującego potrzeby dokonywania zmiany. Odwołujący wskazał, że należy to traktować jako błąd Zamawiającego, nie złożył jednak w tym zakresie odwołania lub chociażby nie skierował do Zamawiającego pisma, w którym zwróciłby uwagę na to, że ma wątpliwości odnośnie sposobu wypełnienia formularza. Odnosząc się do tego, czy przedmiot zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe Izba wskazuje, że Odwołujący nie podołał wykazaniu, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym. To, że przedmiot zamówienia dotyczy usługi cateringowej nie przesądza o kompleksowym charakterze świadczenia. Jak słusznie powołując się na orzecznictwo zauważył Przystępujący świadczenie kompleksowe występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy, albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. W przedmiotowym postępowaniu dostawa napojów nie jest nierozzerwanie związana z pozostałą częścią przedmiotu zamówienia zasadnym było w związku z tym zastosowanie dwóch stawek podatku VAT.

Izba wskazuje, że sam Odwołujący potwierdził, że chociażby napoje butelkowane powinny zostać objęte stawką VAT w wysokości 23 %. Świadczy o tym odpowiedź udzielona na skierowane do niego przez Zamawiającego wezwanie z dnia 8 stycznia 2025 r., w której wskazał on, że: „Zgodnie z ustawą herbata, kawa i napoje butelkowane opodatkowane są stawką 23% w przypadku usługi kompleksowej gdzie nie można określić konkretnej ilości wypitej herbaty można rozliczyć stawką 8% i taką zastosowałam, natomiast napoje butelkowane sukcesywnie będą ujmowane na f-rze oddzielnie jako dostawa napojów nie wpłynie to jednak na cenę brutto zamówienia poz.1D i 1F Formularza ofertowego.” Zdaniem Izby oświadczenia Odwołującego nie sposób inaczej traktować, jak przyznania, że dla napojów butelkowanych powinna zostać zastosowana stawka 23%, przy czym zastosowanie innej stawki, niż wskazana w załączniku tj. 8% nie wpłynie na cenę brutto zamówienia w pozycjach 1D i 1F. Odwołujący podczas rozprawy zaprzeczył takiej interpretacji, nie wskazał jednak, z jakiego powodu miałyby zostać wyszczególnione napoje butelkowane pod odrębną pozycją. Wskazał, że treść wezwania była niejasna. Nie wynika to jednak z treści udzielonej odpowiedzi. Nie zostało w tym zakresie również złożone odwołanie.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 Izba wskazuje, że uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty powinno zostać sporządzone w taki sposób, aby umożliwić wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej tj. postawienie prawidłowych zarzutów. W przedmiotowej sprawie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał podstawę prawną dokonanej czynności. Powołana podstawa prawna (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp) została powiązana z uzasadnieniem faktycznym, czyli podaniem okoliczności faktycznych przesądzających w ocenie Zamawiającego o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego. Jak słusznie w odpowiedzi na odwołanie, jak i w stanowisku podczas rozprawy wskazał Zamawiający sporządzone przez niego uzasadnienie zostało przygotowane w należyty sposób, ponieważ Odwołujący prawidłowo zrozumiał przyczynę odrzucenia jego oferty, co wynika z postawionych zarzutów. Stanowisko Odwołującego w zakresie tego zarzutu zaprezentowane podczas rozprawy sprowadza się do tego, że gdyby Zamawiający „przyłożył się” do sporządzenia uzasadnienia doszedłby do wniosku, że Odwołujący złożył prawidłową ofertę, w której uwzględnił prawidłową stawkę podatku VAT. Wynika z tego, że uzasadnienie nie tyle nie zawiera jakichś elementów, które pozwalałyby Odwołującemu na dokonanie oceny, dlaczego jego oferta została odrzucona, ile nie spełnia oczekiwań Odwołującego w zakresie wniosków do jakich doszedł Zamawiający analizując załącznik A do SWZ uzupełniony przez Odwołującego. Zdaniem Izby sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie zawiera wszystkie elementy umożliwiające wykonawcy prawidłowe zidentyfikowanie podstaw odrzucenia (zarówno podstawę prawną, jak i okoliczności, które przesądziły o podjęciu decyzji przez Zamawiającego). Argumentacja Odwołującego sprowadza się do tego, aby Zamawiający dokonał pogłębionej analizy, która doprowadzi go do odmiennych wniosków, a nie do faktycznego uzupełnienia uzasadnienia o brakujące informacje.

Mając na uwadze powyższe, również zarzut nr 2 będący zarzutem wynikowym nie potwierdził się.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: