

WYROK

Warszawa, 27 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2025 roku przez wykonawcę **Annę Rogóż prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A.R. Firma Usługowo-Handlowa „Zielony Smok” w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Małopolski Ośrodek Doradztwa Rolniczego w Karniowicach**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego **Joanny Jabłońskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą J.J. „COLLOSSUS” w Nawojowej**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Annę Rogóż prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A.R. Firma Usługowo-Handlowa „Zielony Smok” w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Annę Rogóż prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A.R. Firma Usługowo-Handlowa „Zielony Smok” w Krakowie 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 758/25

Uzasadnienie

Zamawiający - Małopolski Ośrodek Doradztwa Rolniczego w Karniowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa cateringu dla uczestników szkoleń organizowanych przez Małopolski Ośrodek Doradztwa Rolniczego na terenie województwa małopolskiego, Nr postępowania: DAG/26/2/2025”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024 poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej ustawą „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone

w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2025/BZP 00092348 z dnia 6 lutego 2025 r.

Postępowanie prowadzone jest z dopuszczeniem składania ofert częściowych z podziałem na dwie części.

W dniu 3 marca 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Annę Rogóż prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A.R. Firma Usługowa Handlowa „Zielony Smok” zwanej dalej „Odwołującym”

od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu w ramach części pierwszej i drugiej:

- 1) wyboru oferty wykonawcy J.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J.J. „COLLOSSUS” (dalej „COLLOSSUS”) pomimo tego, że oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
- 2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy J.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J.J. „COLLOSSUS” na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, pomimo tego, iż treść oferty tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny brutto poprzez uwzględnienie nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COLLOSSUS, pomimo, iż w treść oferty tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny brutto poprzez uwzględnienie nieprawidłowej stawki podatku VAT,
- 2) art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty COLLOSSUS jako oferty

najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, iż oferta ta nie była najkorzystniejsza, gdyż to prawidłowo zbadana i oceniona oferta Odwołującego

w niniejszym postępowaniu winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ jest wykonawcą, który bierze udział w przedmiotowym postępowaniu i który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Aktualnie oferta Odwołującego plasuje się na drugim (2) miejscu w rankingu ofert, ale uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego będzie ofertą najwyższej ocenioną. Niezgodne z ustawą Pzp rozstrzygnięcie postępowania może spowodować szkodę po stronie Odwołującego w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym wygenerowania zysku z realizacji zamówienia.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024 r. poz. 1320, zwanej dalej „ustawą PZP”), na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości zamówienia mniejszej niż równowartość kwoty 750 000 euro pn. „Usługi cateringu dla uczestników szkoleń organizowanych przez Małopolski Ośrodek Doradztwa Rolniczego na terenie województwa małopolskiego”.

Zgodnie z Rozdziałem 5 pkt. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia przygotowanej w ramach postępowania (dalej: SWZ): „Przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi cateringowej polegającej na zapewnieniu kompleksowego świadczenia obejmującego: przygotowywanie, dostarczanie, porcjowanie, wydawanie i serwowanie gotowych posiłków, obejmujących bufet kawowy i zestaw obiadowy”.

Zgodnie natomiast z Rozdziałem 5 pkt. 10 SWZ: „wymaga się, aby Wykonawca wraz z ofertą złożył również wypełniony Formularz oceny oferty, który należy uzupełnić o wymagane informacje, stosownie według wzoru Załącznika nr 6A do SWZ”

W Rozdziale 21 SWZ, Zamawiający nadto, wskazał, iż:

W Formularzu oceny oferty, wypełnionym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6A do SWZ należy podać cenę oferty brutto za Przedmiot zamówienia odrębnie dla każdej Części (w tym wskazać cenę oferty netto i podatek VAT), a także należy podać cenę ryczałtową brutto 1 porcji cateringu w podziale dla Wariantu 1 i Wariantu 2. Obliczoną przez Wykonawcę wartość brutto całego zamówienia (odrębnie dla każdej Części) według wzoru Załącznika nr 6A do SWZ należy następnie przenieść do Formularza ofertowego pkt VIII — cena oferty, który stanowi Załącznik nr 6 do SWZ.

Ceną oferty wymienioną w Formularzu ofertowym jest cena oferty brutto (z VAT) za wykonanie całego zakresu przedmiotu zamówienia, wyliczona jako suma iloczynów ceny brutto 1 porcji cateringu i ilości porcji cateringu przewidzianej do wykonania w ramach całego zakresu zamówienia dla Wariantu 1 i Wariantu 2 w ramach każdej Części zamówienia.

Prawidłowe ustalenie dla przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.

Cena oferty będzie podawana przez Wykonawcę wyłącznie w złotych polskich (PLN),

z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku z zachowaniem zasady zaokrągleń matematycznych. Wszystkie rozliczenia będą realizowane jedynie w złotych polskich (PLN). Przez cenę brutto należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 ustawy

z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 168). Cena brutto za całość przedmiotu zamówienia wskazana w Formularzu ofertowym odrębnie dla każdej Części zamówienia będzie podstawą przy rozpatrywaniu cenowego kryterium oceny oferty.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia Wykonawca powinien zapewnić w dniu szkolenia uczestnikom szkoleń w zależności od liczby godzin wykładów:

1) Bufet kawowy :

- a) Wariant 1- (w przypadku 4 godzin wykładów) - 1 x bufet kawowy (kawa, herbata, woda mineralna, sok owocowy, ciasteczka i ciasta) w zależności od szkolenia; lub
- b) Wariant 2 (w przypadku 5 godzin wykładów) - 2 x bufet kawowy (kawa, herbata, woda mineralna, sok owocowy, ciasteczka i ciasta) w zależności od szkolenia.

2) Zestaw obiadowy: zupa, drugie danie mięsne lub ryba, dodatek skrobiowy i surówka, sok lub woda mineralna.

Wykonawca zapewni do wszystkich posiłków w ramach zamówienia (tj. zestawu obiadowego i bufetu kawowego) serwis gastronomiczny obejmujący przygotowanie, podanie i sprzątnięcie, obsługę kelnerską, zastawę ceramiczną (Zamawiający dopuszcza stosowanie naczyń jednorazowych, kubków jednorazowych, sztućców jednorazowych).

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, w tym Odwołujący oraz COLLOSSUS, przy czym tylko Odwołujący oraz COLLOSSUS złożyli oferty na dwie części zamówienia COLLOSSUS w swojej ofercie uwzględnił w ramach całej usługi objętej postępowaniem (w tym w zakresie usług związanych z podawaniem /przygotowaniem kawy, herbaty oraz wody

mineralnej) tylko jedną stawkę podatku VAT w wysokości 8 %. Natomiast Odwołujący, w swojej ofercie wskazał dwie stawki podatku VAT 8% i 23% z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia objęta była również kwestia dostawy kawy, herbaty czy wody mineralnej, podlegające stawce podatku VAT w wysokości 23%.

Zamawiający w dniu 25 lutego 2025 r. poinformował o wyborze oferty COLLOSSUS jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego zawierającej stawkę 8% i 23% podatku VAT.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

Ad. 1)

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COLLOSSUS, pomimo, iż w treści oferty tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny brutto poprzez uwzględnienie nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzuca się ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Zamawiający nie określa stawki VAT, którą zastosować ma Wykonawca ani w SWZ ani w treści formularza ofertowego - niemniej zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego - poprawność zastosowanej stawki podatku VAT w cenie ofertowej zostanie zweryfikowana przez Zamawiającego; błąd w tym zakresie będzie skutkował odrzuceniem oferty.” (Wyrok KIO z 29.11.2024 r., KIO 4188/24, LEX nr 3788461.) „Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 226 ust. 1 p.z.p. jest odrzucenie oferty, jeżeli zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Przykładem błędu w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT, jeżeli stawka taka nie została przez zamawiającego wskazana w treści dokumentacji zamówienia. Stawka VAT jest bowiem elementem cenotwórczym, zatem posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia.”

(Wyrok KIO z 9.11.2021 r., KIO 3046/21, LEX nr 3326942).

Wyżej wskazaną linię orzeczniczą prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą, potwierdzają również poglądy Naczelnego Sądu Administracyjnego, a w szczególności Wyrok NSA z dnia 7 października 2024 r. sygn. I FSK 155/21, w którym NSA wskazał, iż: „Określenie przez podmiot składający ofertę nieprawidłowej stawki VAT stanowi bezwzględną przyczynę odrzucenia oferty, gdyż oznacza błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu nieprawidłowej podstawy dla ustalenia elementu cenotwórczego i podlega weryfikacji w toku oceny oferty.”

Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, iż w niniejszym postępowaniu, przedmiotem zamówienia jest usługa cateringu dla uczestników szkoleń organizowanych przez Małopolski Ośrodek Doradztwa Rolniczego na terenie województwa małopolskiego,

w ramach której zgodnie z SWZ jak i OPZ wykonawca jest zobowiązany m.in. do oferowania bufetu kawowego składającego się z kawy, herbaty, wody mineralnej, soku owocowego. Przy tym, bufet kawowy zgodnie z pkt. 5 OPZ składać się ma ze świeżo parzonej kawy (mielonej, rozpuszczalnej), herbaty ekspresowej (czarnej, zielonej i owocowej do wyboru) czy wody mineralnej butelkowanej, gazowanej i niegazowanej w ilości po 500 ml każdej z wymienionych na osobę, soku owocowego.

Na podstawie art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146 aa ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r.

o podatku od towarów i usług (dalej: „Ustawa VAT”) zasadą jest, iż stawka podatku VAT wynosi obecnie 23%.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy VAT: Dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138i ust. 4. Przy czym, zgodnie z art. 146 aa ust. 1 pkt 2) ustawy VAT obecnie stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2 ustawy VAT, art. 120 ust. 2 i 3 ustawy VAT oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy VAT - wynosi 8%.

Należy jednak zwrócić uwagę, na postanowienia art. 41 ust. 12 f ustawy VAT, który stanowi, iż: „12f. Stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się do dostawy towarów

i świadczenia usług klasyfikowanych według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług

w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), z wyłączeniem sprzedaży

w zakresie:

- 1) napojów innych niż wymienione w załączniku nr 3 lub załączniku nr 10 do ustawy lub w przepisach wykonawczych wydanych na jej podstawie, w tym ich przygotowania i podania;
- 2) towarów nieprzetworzonych przez podatnika, innych niż wymienione w załączniku nr 3 lub załączniku nr 10 do ustawy lub w przepisach wykonawczych wydanych na jej podstawie;
- 3) posiłków, których składnikiem są towary wskazane jako wyłączone z grupowań wymienionych w poz. 2 i 11 załącznika nr 10 do ustawy.”

Natomiast w Załączniku nr 3 do ustawy VAT, wprost wskazano, iż w zakresie:

•Kawy i herbaty — Załącznika nr 3 nie stosuje się do towarów objętych CN:

- 1)0901 Kawa, nawet palona lub bezkofeinowa; łupinki i łuski kawy; substytuty kawy zawierające kawę w każdej proporcji,
- 2)0902 Herbata, nawet aromatyzowana,
- 3)0903 00 00 Matc (herbata paragwajska)

•Wody - Załącznik nr 3 stosować można wyłącznie w zakresie woda dostarczana

za pośrednictwem sieci wodociągowych, cysternami lub innymi środkami transportu (a nie woda mineralna, butelkowa, gazowana).

Ponadto, w załączniku nr 10 do ustawy VAT, w zakresie wód, włącznie z wodami mineralnymi i wodami gazowanymi, zawierającymi dodatek cukru lub innego środka słodzącego, lub wód aromatyzowanych i pozostałych napojów bezalkoholowych, z wyłączeniem soków owocowych, z orzechów i warzywnych, objętych pozycją CN 2009, wskazano wyłącznie produkty:

- 1) jogurty, maślanki, kefiry, mleko nieobjęte działem CN 04 - z wyłączeniem produktów zawierających kawę oraz jej ekstrakty, esencje lub koncentraty,
- 2) napoje bezalkoholowe, w których udział masowy soku owocowego, warzywnego lub owocowo-warzywnego wynosi nie mniej niż 20% składu surowcowego,
- 3) preparaty do początkowego żywienia niemowląt, w tym mleko początkowe, preparaty do dalszego żywienia niemowląt, w tym mleko następne, mleko i mleko modyfikowane dla dzieci, o których mowa w ustawie z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia,
- 4) niezawierające produktów objętych pozycjami od CN 0401 do CN 0404 lub tłuszczu uzyskanego z produktów objętych pozycjami od CN 0401 do CN 0404: a) napoje na bazie soi o zawartości białka 2,8% masy lub większej (CN 2202 99 11), b) napoje na bazie soi o zawartości białka mniejszej niż 2,8% masy; napoje na bazie orzechów objętych działem CN 08, zbóż objętych działem CN 10 lub nasion objętych działem CN 12 (CN 2202 99 15).

Nie ma więc wątpliwości, iż usługa cateringowa w zakresie wymaganych SWZ i OPZ towarów w postaci kawy, herbaty, wody mineralnej (w rodzajach i postaciach opisanych w SWZ i OPZ) (w tym co najmniej w zakresie podawania, dostawy lub sprzedaży/wytwarzania) jest opodatkowana podatkiem VAT w wysokości 23%, a zarazem nie ma wątpliwości, iż COLLOSSUS w treści oferty dopuścił się błędu w obliczeniu ceny wskazując błędną stawkę podatku VAT.

Powyższe potwierdzają liczne interpretacje podatkowe oraz ustalone wiążące informacje stawkowe wydawane przez Izby Skarbowe oraz Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej

w zakresie konieczności opodatkowania kawy, herbaty czy wody mineralnej w ramach usługi cateringowej podatkiem 23% VAT, z których część została przytoczona przez Odwołującego w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący powołał się również na inne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie kompleksowych usług cateringowych podczas szkoleń, warsztatów i imprezy promującej działanie podejmowane w ramach Programu Bezpieczny Kraków” (numer postępowania OR-10.271.11.2024, numer ogłoszenia: 2024/BZP 00221536) prowadzone przez Gminę Miejską Kraków — Urząd Miasta Krakowa, w którym oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na fakt, iż do obliczenia ceny brutto za świadczenie usług cateringowych podczas jednego szkolenia z cyberbezpieczeństwa Odwołujący zastosował wyłącznie stawkę podatku VAT w wysokości 8%, podczas gdy zestaw ten zawierał przygotowanie posiłku wraz z butelką wody mineralnej.

Powyższe w ocenie Odwołującego potwierdza, iż w zakresie usług cateringowych w przypadku dostawy/podawania/sprzedawania wody mineralnej, czy też kawy lub herbaty należy wyodrębnić w tym zakresie osobną stawkę podatku VAT w wysokości 23%, która co oczywiste wpłynie na podwyższenie ceny brutto wskazanej w ofercie.

Mając na względzie powyższe, nie ma wątpliwości, iż oferta złożona przez COLLOSSUS zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu w myśl art. 226 ust. 1 pkt 10) oferty na usługę opodatkowaną stawką VAT 8% oraz usługę opodatkowaną stawką VAT 23%) winna zostać odrzucona, a niniejsze odwołanie w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Ad.2)

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty COLLOSSUS jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, iż oferta ta nie była najkorzystniejsza, gdyż to prawidłowo zbadana i oceniona oferta Odwołujących w niniejszym postępowaniu winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze treść uzasadnienia naruszenia zarzutu 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, należy wskazać, iż także wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu został dokonany z naruszeniami prawa wskazanymi w niniejszym odwołaniu.

W szczególności COLLOSSUS nie jest wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a Zamawiający nie dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wobec tego Odwołujący wskazuje, że doszło także do naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty COLLOSSUS jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, iż oferta ta nie była najkorzystniejsza, gdyż to prawidłowo zbadana i oceniona oferta Odwołujących w niniejszym postępowaniu winna zostać uznana

za najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami zawartymi w ustawie Pzp oraz SWZ z załącznikami. Wskazane naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania bowiem doprowadziły

do braku odrzucenia oferty COLLOSSUS, niezgodnego z ustawą wyboru w Postępowaniu COLLOSSUS jak najkorzystniejszej, a także braku wyboru oferty Odwołujących w niniejszym postępowaniu, zgodnie z kryteriami zawartymi w ustawie Pzp oraz SWZ.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł jak w odwołaniu.

W dniu 5 marca 2025 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca J.J. jako prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J.J. „COLLOSSUS” w Nawojowej zwana dalej „Przystępującym”, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 17 marca 2025 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł

o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację oraz stosowne orzecznictwo na poparcie swoich twierdzeń.

W dniu 20 marca 2025 roku Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł

o odrzucenie odwołania w zakresie części pierwszej, oraz o oddalenie odwołania w części drugiej. Przystępujący przedstawił argumentację wraz z orzecznictwem na poparcie swojego stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione w dniu 3 marca 2025 roku,

od czynności Zamawiającego z dnia 25 lutego 2025 roku. Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że w zakresie części drugiej postępowania zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba ustaliła natomiast, że w zakresie części pierwszej nie zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy. Brak ich łącznego spełnienia skutkuje oddaleniem odwołania w zakresie tej części.

Odwołujący błędnie wskazał w odwołaniu, że w zakresie części pierwszej jego oferta uplasowała się na pozycji drugiej. Izba ustaliła, że oferta Odwołującego uplasowała się na miejscu trzecim w rankingu ofert. Odwołujący kwestionował jedynie wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Przystępującego, natomiast nie kwestionował braku odrzucenia oferty wykonawcy, który w ramach oceny ofert znajdował się na pozycji drugiej.

Wobec powyższego, z uwagi na okoliczność, iż postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, a Zamawiający nie wymagał złożenia podmiotowych środków dowodowych od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, wykonawca który korzysta ze środków ochrony prawnej winien wykazać, że ma szansę uzyskać przedmiotowe zamówienia, tj. że ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę spowodowaną nieuprawnionymi czynnościami zamawiającego. W okolicznościach, w których oferta innego wykonawcy uplasowała się na pozycji wyższej niż Odwołującego, a jej ocena nie została przez Odwołującego zakwestionowana, to uwzględnienie odwołania nie spowoduje, że oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w tej części. Odwołujący nie uzyska bowiem przedmiotowego zamówienia, z uwagi na to, że oferta uplasowana na pozycji wyższej nie została odrzucona.

Dlatego w ocenie Izby Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania

w zakresie części pierwszej postępowania, tym samym nie przysługują mu środki ochrony prawnej w tym zakresie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie z:

- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- art. 266 Pzp Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie

zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej;

•art. 239 ust. 1 i 2 Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie jest organem kompetentnym

do wskazania właściwej stawki podatku VAT, którą wykonawcy winni zastosować składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wyjaśnia, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego w okolicznościach danej sprawy, odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych mających lub mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COLLOSSUS, pomimo, iż w treść oferty tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny brutto poprzez uwzględnienie nieprawidłowej stawki podatku VAT, Izba uznała zarzut za nieudowodniony, tym samym za niezasadny.

W ocenie Izby istotą sporu między stronami jest ustalenie, czy przedmiotowe zamówienie -jako usługa cateringowa określona i realizowana na zasadach określonych w treści dokumentacji postępowania, obejmująca serwowanie zestawów obiadowych oraz przygotowanie kawy, herbaty i wody mineralnej w ramach przerwy kawowej, stanowi jedno świadczenie na gruncie prawa podatkowego opodatkowane stawką podatku od towarów i usług (dalej VAT) w wysokości 8%, czy też odrębne świadczenia podlegające opodatkowaniu stawkami odpowiednio 8% i 23% VAT.

Odwołujący podnosi, iż przedmiotowa usługa, z uwagi na to, że obejmuje usługi dostawy kawy, herbaty i wody mineralnej, podlega opodatkowaniu stawce 8% i 23% podatku VAT. Dlatego oferta Przystępującego, który wskazał stawkę podatku VAT 8% dla całej usługi, powinna podlegać odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Dodać należy, że Zamawiający nie określił właściwej stawki podatku VAT, wskazując w treści SWZ (rozdział 21 pkt 6), że *prawidłowe ustalenie dla przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.*

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pełni podzieliła pogląd wyrażony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz podtrzymany podczas rozprawy, zgodnie z którym przedmiot zamówienia został określony jako usługa kompleksowa, całościowa i niepodzielna. *Zamawiający wskazał, że przedmiotowe zamówienie obejmuje przygotowanie, dostarczenie, porcjowanie i wydawanie gotowych posiłków, obejmujących serwis kawowy i zestaw obiadowy. Jako kompleksowe zamówienie napoje dostarczone przez wykonawców, według Zamawiającego miały być tylko częścią składową wyżywienia podczas szkoleń.*

W ocenie Izby, na kwalifikację przedmiotowej usługi jako kompleksowej wskazuje opis przedmiotu zamówienia oraz konstrukcja formularza ofertowego dotyczącego wskazania ceny, w którym nie nastąpiło rozbicie ceny na usługę cateringu oraz dostawę napojów (kawa, herbata, woda), lecz należało w nim podać łączną cenę za całość usługi cateringu z podatkiem VAT. Wskazuje to na to, że Zamawiający założył w SWZ dla całego zamówienia jednolitą stawkę podatku VAT i w oparciu o takie założenie należało przygotować ofertę. Jeżeli wykonawca nie zgadzał się ze stanowiskiem Zamawiającego, uznając je za nieprawidłowe, miał prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej na postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia. Odwołujący nie skorzystał z tego prawa, (utwierdzając Zamawiającego w poprawności jego czynności) dlatego zobowiązany był do złożenia oferty w postępowaniu według wymagań określonych przez Zamawiającego.

Argumentem przemawiającym za prawidłowością oceny Zamawiającego

w zakresie zastosowania jednolitej stawki podatku VAT dla usługi kompleksowej, jest stanowisko wyrażone w wyroku

Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 22 kwietnia 2021 roku, sygn. akt C-703/19 i linii orzecznictwa sądowego w tym Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach dotyczących usług restauracyjnych i cateringowych, przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Jak wskazał Zamawiający wspomniany wyrok TSUE odnoszący się do stawek VAT

w usługach restauracyjnych i cateringowych wskazuje, że w ocenie Trybunału z brzmienia

art. 6 rozporządzenia wykonawczego nr 282/2011 wynika, że do celów zakwalifikowania transakcji podlegającej opodatkowaniu do "usług restauracyjnych i cateringowych" prawodawca Unii pragnął nadać decydujące znaczenie nie sposobowi przygotowywania artykułów spożywczych lub ich dostawy, lecz realizacji usług wspomagających towarzyszących dostarczaniu gotowej żywności, przy czym usługi te powinny być odpowiednie do zapewnienia natychmiastowego spożycia tej żywności i mieć przeważający charakter

w stosunku do jej dostarczania (pkt 58 wyroku). Z definicji "usług restauracyjnych

i cateringowych" zawartej w art. 6 rozporządzenia wykonawczego nr 282/2011, wynika zatem, że decydujące kryteria oceny, czy usługi towarzyszące dostarczaniu gotowej żywności mogą zostać uznane za "odpowiednie usługi wspomagające", odnoszą się do poziomu usług oferowanych konsumentowi. W tym względzie Trybunał uwzględnił między innymi takie czynniki jak obecność kelnerów, istnienie obsługi polegającej w szczególności na przekazywaniu zamówień do kuchni, układaniu dań na talerzach i podawaniu klientom, istnieniu zamkniętych i utrzymywanych w odpowiedniej temperaturze pomieszczeń przeznaczonych do konsumpcji żywności, a także szatni i toalet, oraz wyposażeniu

w naczynia, meble i sztuce (pkt 59 i 60 powołanego wyroku). Zastosowanie tych kryteriów należy połączyć z uwzględnieniem podjętej przez konsumenta decyzji o skorzystaniu z usług wspomagających dostawę żywności lub napojów, co zostanie przyjęte stosownie do sposobu sprzedaży posiłku podlegającego natychmiastowemu spożyciu.

Trybunał przypomniał bowiem, że w przypadku usług złożonych przeważający element transakcji należy określić w oparciu o punkt widzenia konsumenta,

Z powyższego wynika, iż kryteria, w oparciu o które należy klasyfikować czynności dokonywane przez podatnika do dostaw gotowych posiłków i dań oraz napojów bądź do usług związanych z wyżywieniem, wskazane przez TSUE, dotyczą charakteru i zakresu usług towarzyszących dostawie gotowej żywności, co należy oceniać z punktu widzenia znaczenia dla klienta tych dodatkowych, wspomagających dostawę gotowej żywności usług, co kolei manifestuje się sposobem dokonania przez klienta zakupu produktu (gotowego posiłku bądź dania). Nie ma zaś istotnego znaczenia w świetle wskazanego wyroku klasyfikacja

do określonej pozycji PKWiU. Nie ma także rozstrzygającego znaczenia kryterium przeznaczenia wytwarzanych produktów do bezpośredniej konsumpcji i brak umieszczenia produktów w opakowaniach oznaczonych datą przydatności do spożycia. Może ono bowiem mieć zastosowanie także w przypadku dostawy gotowych posiłków i dań oraz napojów.

Na przedmiotowym orzeczeniu TSUE opiera się również orzecznictwo NSA (wyrok NSA z 16.06.2023 r. I FSK 493/19, wyrok NSA z 30.07.2021 r. I FSK 1290/18).

Istotnym w sprawie argumentem jest również okoliczność, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało poprzedzone przez Zamawiającego rozeznaniem rynku, dokonany w styczniu 2025 roku. W rozeznaniu tym uczestniczył również Odwołujący, który tak samo jak pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w ramach rozeznania rynku, zaoferował cenę z uwzględnieniem jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 8%, również dla kawy, herbaty i wody.

Ta okoliczność pozostaje całkowicie w sprzeczności ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym podczas rozprawy, tj. że Odwołujący już w poprzednim kontrakcie

z Zamawiającym na usługę cateringową obejmującą również kawę, herbatę i wodę (zakończoną w 2024 roku) miał wiedzę i świadomość, że dla kawy, herbaty i wody należy zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Skoro o tym wiedział (najpóźniej

w grudniu 2024 roku), to dlaczego w styczniu 2025 roku, składając ofertę w ramach rozeznania rynku, zaoferował cenę ze stawką 8% dla kawy, herbaty i wody w ramach przerwy kawowej?

Dodać należy, że Zamawiający nie określił właściwej stawki podatku VAT, opierając się

w tym zakresie na wiedzy i odpowiedzialności wykonawców co do poprawności wyceny.

W ocenie Izby, Odwołujący już w tym momencie winien poinformować Zamawiającego, że dla przedmiotowego zakresu usługi, właściwe mogą być stawki podatku VAT w wysokości 8% i 23%. Odwołujący jednak takiej informacji nie przekazał Zamawiającemu, czym utwierdził Zamawiającego, iż usługa objęta przedmiotem zamówienia jest usługą kompleksową, opodatkowaną jednolitą stawką podatku VAT.

Co więcej, taką informację Odwołujący mógł przekazać Zamawiającemu jeszcze na etapie pytań do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, czego również nie uczynił.

W tych okolicznościach, za uprawnione i zasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego świadczące o

należyтым i prawidłowym zastosowaniu jednolitej stawki podatku VAT dla usługi cateringowej, rozumianej jako usługa kompleksowa.

Wobec powyższego, w ocenie Izby zarzut nieprawidłowego wyboru oferty Przystępującego, który złożył ofertę w sposób określony w SWZ, z jednolitą stawką podatku VAT, jest niezasadny.

Odnosząc się do złożonych na rozprawie dowodów w postaci wybranych faktur za dotychczasowe usługi cateringowe realizowane dla Zamawiającego, Izba uznała je za nieprzydatne dla sprawy. Nie wynikało z nich bowiem, że przyjęta w nich stawka podatku VAT 23% odnosiła się do dostawy kawy, herbaty i wody. Z faktur, poza opisem: usługa cateringowa, nie wynikało co faktycznie było przedmiotem sprzedaży wskazanej w fakturze. Ponadto treść tych faktur stoi w sprzeczności ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym podczas rozprawy, że rzekomo „stracił” on na kontrakcie z Zamawiającym, bowiem rozliczał kawę, herbatę i wodę zgodnie z ofertą, tj. z uwzględnieniem stawki podatku VAT w wysokości 8%, pomimo tego, że powinien zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Izba nie uwzględniła również złożonego opracowania własnego Odwołującego, zatytułowanego „Podział kosztów wykonania usługi dla MODR” oraz załączonych do niego faktur pro forma. Informacje w nich zawarte nie wynikają z oferty i stanowią jej rozszerzenie co do podziału kosztów. Ponadto nie stanowią dowodu w sprawie, ponieważ nie odnoszą się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, lecz do oferty Odwołującego, co do której w odwołaniu nie podniesiono żadnych zarzutów.

Izba nie uwzględniła również argumentacji dotyczącej postępowania realizowanego przez Gminę Miejską Kraków, z uwagi na to, że nie odnosiła się ona do przedmiotowego stanu faktycznego. Natomiast przedłożone interpretacje podatkowe w innych sprawach nie mogły mieć zastosowania do przedmiotowej sprawy, bowiem także i one odnosiły się do innych stanów faktycznych niż rozpoznawany.

W ocenie Izby - jak słusznie podniósł Zamawiający podczas rozprawy, dowodem określającym właściwą stawkę lub stawki podatku VAT w przedmiotowej usłudze winna być indywidualna interpretacja podatkowa oparta o stan faktyczny tej sprawy. Takiego dowodu Odwołujący nie przeprowadził.

Wobec powyższego zarzut jako nieudowodniony, podlegał oddaleniu.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty COLLOSSUS jako oferty najkorzystniejszej

w postępowaniu pomimo, iż oferta ta nie była najkorzystniejsza, gdyż to prawidłowo zbadana i oceniona oferta Odwołującego w niniejszym postępowaniu winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, oraz że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą. Nie wykazał również, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert innych, niż te określone w dokumentach zamówienia.

Podsumowując powyższe, odwołanie podlegało oddaleniu, z tym że dodatkowo, w zakresie części pierwszej z uwagi na brak wykazania legitymacji do jego wniesienia.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: