

Sygn. akt KIO 2606/18

WYROK
z dnia 11 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z Jastkowa (21-002)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kielce – Miejską Kuchnię Cateringową w Kielcach z Kielc (25-723)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M. T., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.W. MAT M. T. ze Starachowic (27-200) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) z powodu błędnej stawki podatku od towarów i usług dla pozycji 154 Formularza cenowego – masa makowa 900 g +/- 5% oraz zaniechania rzetelnego badania i oceny ofert i nakazuje zamawiającemu w zadaniu 1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny, a w jej ramach odrzucenie oferty wskazanego wykonawcy; w pozostałym zakresie zarzuty się nie potwierdziły,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Kielce – Miejską Kuchnię Cateringową w Kielcach z Kielc (25-723)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z Jastkowa (21-002)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Kielce – Miejskiej Kuchni Cateringowej w Kielcach z Kielc (25-723)** na rzecz wykonawcy **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z Jastkowa (21-002)** kwotę **11 690 zł 40 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę produktów spożywczych w 2019 r. do Kuchni Cateringowych w Kielcach przy ul.: Kołłątaja 4, Krzyżanowskiej 8 i Jagiellońskiej 76, z podziałem na dwie części, prowadzonym przez Gminę Kielce – Miejską Kuchnię Cateringową w Kielcach (dalej „zamawiający”) wykonawca Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z Jastkowa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zadaniu 1, tj. wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P.W. MAT M. T. ze Starachowic pomimo, że zawierała błąd w obliczeniu ceny w postaci błędnej stawki podatku VAT w pozycjach 154 oraz 267 formularza cenowego,
2. zaoferowania w ww. pozycjach produktów niezgodnych z opisem przedmiotu zamówienia,
3. wyboru oferty wykonawcy P.W. MAT M. T. pomimo, że jego oferta winna zostać odrzucona,
4. zaniechania wyboru oferty odwołującego pomimo, iż pozostała najkorzystniejszą ofertą spośród ofert nie odrzuconych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3, poprzez zaniechanie przeprowadzenia rzetelnego badania i oceny ofert,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 6, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.W. MAT M. T. ze Starachowic b pomimo, że zawierała błąd w obliczeniu ceny oraz była niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia,
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5, poprzez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie zadania 1.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty wykonawcy MAT M. T. oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu,
3. obciążenie kosztami postępowania zamawiającego, poprzez zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kwoty stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący podał, że 14 grudnia 2018 r., za pośrednictwem poczty elektronicznej, zamawiający poinformował go o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. iż w zadaniu nr 1 została wybrana oferta wykonawcy MAT M. T. ze Starachowic. Podał także, że wystąpił do zamawiającego o kopię oferty wykonawcy MAT M. T. oraz korespondencji prowadzonej z tym wykonawcą po terminie składania ofert i takie kopie otrzymał.

W ocenie odwołującego z dokumentów, jakie otrzymał wynika, iż zamawiający żądał od wykonawcy PW Mat M. T. (podobnie jak od Odwołującego) wyjaśnień zastosowanych stawek podatku Vat dla pozycji 126,154, 200 i 267 formularza cenowego z zaznaczeniem, iż wykonawca ma się odnieść do symbolu PKWiU. Stwierdził, że symbol ten w praktyce determinuje stawkę podatku VAT, gdyż ustawa o podatku VAT w swoich załącznikach dotyczących poszczególnych stawek odnosi się do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług.

Wskazał, że w odpowiedzi wykonawca PW Mat M. T. przysłał pismo wraz z załącznikami w postaci faktur zakupowych, z którego nie wynikało odniesienie do wskazania odpowiedniego kodu PKWiU – nie wszystkie faktury odnosiły się do kodów PKWiU, zaś zastosowane stawki podatku VAT były błędne dla pozycji masa makowa (wskazana 8 % zaś prawidłowa to 5%), wafle zbożowo ryżowe (wskazana 5% zaś prawidłowa 8%) oraz pieprz cytrynowy (wskazana stawka to 23 % zaś prawidłowa to 8%). Uzupełnił, że w istocie pieprz cytrynowy nie jest rodzajem pieprzu lecz mieszanką przypraw, podobnie jak pieprz ziółowy.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż dowodzenie na podstawie faktur zakupowych nie może być brane pod uwagę w ocenie poprawności zastosowania stawek podatku VAT, gdyż faktury mogą być błędnie wystawione, a ponadto mogą być wystawione faktury korygujące.

Podniósł nadto, że PW MAT M. T., powołując się na przedstawione faktury, wskazuje jednocześnie, że oferuje produkty niezgodne z SIWZ – zamawiający żądał masy makowej w opakowaniu 900g +/- 5%, natomiast wskazana została masa o wadze 850g, a więc nie mieszcząca się we wskazanym przedziale. Dodatkowo – wskazał odwołujący – zaoferowana została masa makowa z bakaliami (którymi mogą być orzechy) co ma niebagatelne znaczenie w przypadku alergików. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku wafli zbożowo-ryżowych – zamawiający żądał wafli zbożowo ryżowych 50-60g, zaś z faktur przedstawionych przez wykonawcę PW MAT M. T. wynika, że oferuje ona wafle o gramaturze 70g, a zatem poza wskazanym przedziałem dopuszczalnej gramatury.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych przy piśmie z dnia 21 grudnia 2018 r., Odwołania z dnia 19 grudnia 2018 r. wraz z załącznikami, Odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami – pismo zamawiającego z dnia 2 stycznia 2019 r., Interpretacji indywidualnych złożonej na rozprawie przez odwołującego, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w zadaniu 1, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty konkurencyjnego wykonawcy – zaniechanie jej odrzucenia oznacza, że odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w zadaniu 1.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wszystkich zarzutów skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający, szacując wartość zamówienia sporządził zestawienie tabelaryczne artykułów spożywczych, wskazując:

- stawkę podatku VAT 23% dla pozycji 127 – liść laurowy 6g-8g,
- stawkę podatku VAT 8% dla pozycji 155 – masa makowa 900g +/-5%,
- stawkę podatku VAT 8% dla pozycji 201 – pieprz cytrynowy 20g +/-5%,
- stawkę podatku VAT 5% dla pozycji 268 – wafle zbożowo-ryżowe 50-60g.

Zamawiający w SIWZ (VIII. Wykaz dokumentów i oświadczeń wymaganych w postępowaniu oraz XII. Opis sposobu przygotowania ofert) zażądał złożenia przez każdego wykonawcę m.in. Formularza ofertowego – Załącznik nr 1 do SIWZ oraz Formularza cenowego – Załącznik nr 1A (w przypadku zadania 1), dopuszczając sporządzenie oferty wraz z załącznikami na własnych formularzach pod warunkiem, że ich istotna treść odpowiadać będzie warunkom określonym przez zamawiającego w SIWZ (XII.3).

Zgodnie z SIWZ (XIV Opis sposobu obliczenia ceny oferty pkt 1, 6 i 9) zamawiający zażądał:

- pkt 1 – „Cena oferty odrębnie za każdą część przedmiotu zamówienia zostanie wyliczona przez Wykonawcę i przedstawiona w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.”,
- pkt 6 – „Wykonawca powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty związane

z realizacją przedmiotu zamówienia, (w tym koszt transportu do siedziby Zamawiającego, ubezpieczenie, rozładunek w siedzibie Zamawiającego, wszelkie inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia) uwzględniające wszystkie pozycje ujęte w formularzach cenowych stanowiących załączniki do SIWZ”;

- pkt 9 – „Wartość brutto w załącznikach 1A i 1B należy wyliczyć w następujący sposób: cenę jednostkową brutto pomnożyć przez ilość, a następnie zsumować tak obliczone wartości brutto w poszczególnych pozycjach.”

Wzór Załącznika nr 1A ujmował:

w pozycji 126 – liść laurowy 6g-8g

w pozycji 154 – masa makowa 900g +/- 5%,

w pozycji 200 – pieprz cytrynowy 20g +/- 5%

w pozycji 267 – wafle zbożowo-ryżowe 50-60g,

przewidując m.in. podanie producenta w przypadku zaoferowania produktów równoważnych oraz stawki podatku VAT.

W zadaniu 1 oferty złożyło 3 wykonawców, w tym odwołujący i M. T., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.W. MAT M. T. ze Starachowic (27-200) [dalej także jako „M. T.”]. Oferta złożona przez trzeciego wykonawcę została odrzucona.

Odwołujący złożył, korzystając z opracowanych przez zamawiającego wzorów – Załącznik nr 1 i 1A do SIWZ, Formularz ofertowy oraz Formularz cenowy .

Zaoferował:

- w pozycji 126 – liść laurowy 6g-8g ze stawką podatku VAT 5%,
- w pozycji 154 – masę makową 900g +/- 5% ze stawką podatku VAT 5%,
- w pozycji 200 – pieprz cytrynowy 20g +/- 5% ze stawką podatku VAT 8%,
- w pozycji 267 – wafle zbożowo-ryżowe 50-60g ze stawką podatku VAT 8%.

Także M. T. złożyła, korzystając z opracowanych przez zamawiającego wzorów – Załącznik nr 1 i 1A do SIWZ, Formularz ofertowy (str. 1-2 oferty) oraz Formularz cenowy (str. 3-26 oferty).

Zaoferowała:

- w pozycji 126 – liść laurowy 6g-8g ze stawką podatku VAT 23%,
- w pozycji 154 – masę makową 900g +/- 5% ze stawką podatku VAT 8%,
- w pozycji 200 – pieprz cytrynowy 20g +/- 5% ze stawką podatku VAT 23%,
- w pozycji 267 – wafle zbożowo-ryżowe 50-60g ze stawką podatku VAT 5%.

Pismami z dnia 5 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego i M. T., z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie „zastosowania stawki podatku od towarów i usług VAT w następujących pozycjach 126,

154, 200, 267, Formularza cenowego (Załącznik nr 1A do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części I). W wyjaśnieniach należy uwzględnić zastosowanie stawki VAT w odniesieniu do symbolu PKWiU.”

W piśmie z dnia 6 grudnia 2018 r. M. T. oświadczyła:

„- poz. 126 Liść laurowy – stawka vat 23% – faktura zakupu z dnia 14.06.2018 Nr 560/18/1P.H.U. REWIR. – poz. 154 Masa makowa – stawka vat 8% - faktura zakupu z dnia 12.12.2017 Nr FV/8908/17/040/B_OS Bać-Pol S.A. (zakupy 2 razy w roku) – poz. 200 Pieprz cytrynowy – stawka vat 23% - faktura zakupu z dnia 13.06.2018 Nr FV/1296/M1/18 PHU MARSYL. – Poz. 267 Wafle zbożowo-ryżowe – stawka vat 5% - faktura zakupu z dnia 01.06.2018 Nr F/001212/18 Firma Handlowa Robex. Jako hurtownia nie ustalamy stawek vat na towary. W załączeniu xero faktur zakupu.”

We wskazanych powyżej fakturach ujęto:

- Liść laurowy 10g x 20 szt. VAT 23%,
- Masa makowa z bakaliami 850G Helio symbol PKWiU 10.61.24.0 VAT 8%,
- Pieprz cytrynowy 20g a'25 VAT 23%,
- Z-Wafle zbożowo-ryżowe (10*70g) EKOW symbol PKWiU 10.61.33.0 VAT 5%.

Pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał M. T. do złożenia dokumentów podmiotowych – ostateczne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (rozdział VIII pkt 2 SIWZ).

M. T. odpowiedziała pismem z 12 grudnia 2018 r., załączając plik dokumentów.

Pismem z dnia 14 grudnia 2018 r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1, tj. oferty wykonawcy M. T., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.W. MAT M. T. ze Starachowic (27-200), a nadto o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MIR R. G. z Kielc (25-808).

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P.W. MAT M. T. ze Starachowic z tego względu, iż zawierała błąd w obliczeniu ceny, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp potwierdził się w odniesieniu do pozycji 154 Formularza cenowego – masa makowa 900 g +/- 5%.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zaznacza, że odwołujący zgłosił zarzut błędu w obliczeniu ceny w odniesieniu do trzech pozycji Załącznika nr 1A do SIWZ – tj. pozycji 154 (masa makowa), pozycji 200 – pieprz cytrynowy oraz 267 (wafle zbożowo-ryżowe).

Co prawda w części „Wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy” odwołujący wskazał jedynie pozycje: 154 (masa makowa) i 267 (wafle zbożowo-ryżowe), jednak z uzasadnienia odwołania wynika, że błędna stawka podatku VAT dotyczy także pozycji 200 (pieprz cytrynowy) – „W odpowiedzi Wykonawca Mat przesłał pismo

wraz z załącznikami w postaci faktur zakupowych, z którego nie wynikało odniesienie się do kodów PKWiU, zaś zastosowane stawki podatku VAT były błędne dla pozycji masa makowa (wskazana 8% zaś prawidłowa to 5%), wafle zbożowo ryżowe (wskazana 5% zaś prawidłowa 8%) oraz pieprz cytrynowy (wskazana stawka to 23% zaś prawidłowa to 8%) – w istocie pieprze cytrynowy nie jest bowiem rodzajem pieprzu lecz mieszanką przypraw – podobnie jak pieprze ziółowy”.

Zauważyć nadto należy, że zamawiający odniósł się w swoim stanowisku pisemnym (choć miał wątpliwości) także do wysokości stawki podatku VAT w przypadku pozycji 200 – pieprz cytrynowy.

W przypadku pozycji 154 – masa makowa zarówno M. T. (pośrednio, poprzez odwołanie się w treści wyjaśnień z dnia 6 grudnia 2018 r. do faktury z 12.12.2017 r. Nr FV/8908/17/040/B oraz poprzez jej załączenie), jak i odwołujący w swoich wyjaśnieniach (wprost) podali ten sam kod PKWiU, tj. 10.61.24.0 – Mieszaniny i ciasta do wytwarzania wyrobów piekarskich. Jednocześnie jednak, tożsamo klasyfikując wyrób, wskazali inne stawki podatku VAT [M. T. – 8%, odwołujący – 5% (pozycja 22 Załącznik nr 10 do ustawy VAT)].

Na rozprawie odwołujący złożył Interpretację indywidualną z dnia 6 maja 2011 r., wydaną na wniosek Przetwórni Owoców i Warzyw „Prospona” Sp. z o.o. z Nowego Sącza, który to zaklasyfikował masę makową także jako 10.61.24.0.

Interpretacja indywidualna nie ma wprawdzie mocy wiążącej ani wobec wnioskującego podatnika, ani wobec organu podatkowego (ani innego podatnika, czy organu), to jednak stanowi wskazówkę, co do sposobu interpretacji i stosowania określonych przepisów podatkowych. Rozstrzygnięcie Interpretacji indywidualnej i jej uzasadnienie oddziaływać mogą poprzez zawartą tam argumentację i autorytet organ podatkowego, który ją wydaje.

Skład orzekający Izby, przy braku jakiegokolwiek polemiki ze strony zamawiającego ze stanowiskiem wyrażonym w złożonej przez odwołującego Interpretacji indywidualnej z dnia 6 maja 2011 r., podzielił argumentację Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, zawartą w tejże Interpretacji, który za prawidłowe uznał stanowisko wnioskodawcy Przetwórni Owoców i Warzyw „Prospona” Sp. z o.o. z Nowego Sącza (wnioskodawca wskazał, że stosuje PKWiU 10.61.24.0).

W ww. Interpretacji argumentowano: „W przedmiotowej sprawie stawka podatku od towarów i usług zdeterminowana jest zaklasyfikowaniem, będącego przedmiotem zapytania wyrobu czyli masy makowej, według nomenklatury PKWiU mającej zastosowanie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług. (...) należy stwierdzić, że w odniesieniu do wskazanego we wniosku wyroby (masy makowej), który Wnioskodawca zaliczył do grupowania PKWiU (2008r.) 10.61, należy zauważyć, że co prawda towary klasyfikowane w tym grupowaniu PKWiU zostały wymienione w poz. 29 załącznika nr 3 do ustawy o VAT, a tym samym mogłyby one korzystać z opodatkowania stawką podatku 8%, na podstawie art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2

ustawy o VAT i poz. 29 załącznika nr 3 do tej ustawy, to jednak z uwagi na fakt, iż w poz. 22 załącznika nr 10 do ustawy VAT zostały wymienione objęte symbolem PKWiU ex. 10.61 – produkty przemiału zbóż, z wyłączeniem śruty, a ponadto w objaśnieniach do ww. załącznika nr 3 wskazano, iż wykaz nie ma zastosowania dla zakresu sprzedaży towarów i świadczenia usług zwolnionych od podatku VAT lub opodatkowanych stawkami niższymi niż stawka, której dotyczy załącznik, zatem należy przyjąć, że sprzedaż ww. masy makowej będzie opodatkowana 5% stawką podatku VAT na podstawie art. 41 ust. 2a ustawy o VAT, w związku z poz. 22 załącznika nr 5 do tej ustawy” (omyłkowo w ostatnim zdaniu wskazano załącznik nr 5, zamiast załącznik nr 10).

Dostrzec także należy, że załączona do Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie korespondencja e-mail (dowód nr 2) była, w przypadku korespondencji z Kierownikiem sprzedaży B2B i Kanałów Alternatywnych, nieprzydatna, ponieważ dotyczyła masy makowej sklasyfikowanej inaczej (nie PKWiU 10.61.24. jak w załączonej do wyjaśnień M. T. fakturze, ale PKWiU 10.89.19.), a to przecież – co nie było w toku rozprawy sporne i co wynika także z ww. Interpretacji indywidualnej – klasyfikacja determinuje stawkę podatku VAT.

W przypadku korespondencji z J. B. z Helio można co najwyżej przyjąć, że wskazany producent, klasyfikując masę makową wg PKWiU 10.61.24.0 stosuje stawkę VAT 8%. Nie sposób jednak na tej podstawie stwierdzić, że jest to prawidłowe.

W przypadku pozycji 200 – pieprz cytrynowy, w załączonej do wyjaśnień M. T. fakturze nie wskazano kodu PKWiU (ze względu na wskazania stawki podstawowej 23%).

Skład orzekający Izby za niewystarczające uznał gołosłowne twierdzenie odwołującego, że „w istocie pieprz cytrynowy nie jest bowiem rodzajem pieprzu lecz mieszanką przypraw – podobnie jak pieprze ziółowy” i sklasyfikowanie w wyjaśnieniach odwołującego tego wyrobu jako 10.84.12.0 ze stawką 8% w sytuacji, gdy sam odwołujący w postępowaniu przetargowym, organizowanym przez Gminę Miasto Rzeszów w 2018 roku w części III zaoferował pieprz cytrynowy z kwestionowaną obecnie stawką 23% (złożony przez zamawiający wraz z Odpowiedzią na odwołanie Dowód nr 3 – Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 grudnia 2018 r. oraz Opis przedmiotu zamówienia dla części III, poz. 82 – Pieprz cytrynowy stawka VAT 23%), a nadto w sytuacji, gdy – jak wykazał zamawiający, poprzez cenniki produktów innych podmiotów oraz korespondencję e-mail z K. S. z Japar – inne podmioty także stosują stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

W przypadku pozycji 267 – wafle zbożowo-ryżowe M. T. (pośrednio, poprzez odwołanie się w treści wyjaśnień z dnia 6 grudnia 2018 r. do faktury z dnia 1 czerwca 2018 r. Nr F/001212/18 z Firmy Handlowej Robex R. J. z Radomia oraz poprzez załączenie tej faktury) podała kod 10.61.33.0, natomiast odwołujący w swoich wyjaśnieniach (wprost) podał kod PKWiU

10.72.1.0.

Jak podnosił w odwołaniu sam odwołujący symbol PKWiU „w praktyce determinuje stawkę podatku VAT, gdyż ustawa o podatku Vat w swoich załącznikach dotyczących poszczególnych stawek odnosi się do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług”.

Skoro zatem M. T. zaoferowała wyrób o kodzie PKWiU 10.61.33.0, któremu odpowiada stawka podatku VAT w wysokości 5%, czego odwołujący nie kwestionował, to nie sposób uznać, że prawidłową jest stawka w wysokości 8% „odpowiadająca” kodowi 10.72.12.0.

Nieprzydatna tym samym była złożona przez odwołującego Interpretacja indywidualna, która dotyczyła wątpliwości podatnika klasyfikującego swój wyrób do grupowania PKWiU 10.72.12.0.

Odwołujący nie wykazał przy tym, iż klasyfikacja 10.61.33.0 w przypadku wafli zaoferowanych przez M. T. nie jest prawidłowa. Nie jest w szczególności wiadomym, czy w przypadku wafli zbożowo-ryżowych zaoferowanych przez M. T. mamy do czynienia z wyrobem o zawartości powyżej, czy poniżej 10% masy, co było jednym z istotnych elementów klasyfikacji wyrobu do grupowania 10.72.12.0.

W treści złożonej przez odwołującego Interpretacji indywidualnej czytamy: „(...) to właśnie producent posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU, tj. informacje dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania, przeznaczenia wyrobu lub charakteru usługi”.

Z niewiadomych względów wskazaną „regułę” odwołujący zdaje się w przypadku wafli zbożowo-ryżowych kwestionować.

Nie umknęło uwadze składu orzekającego Izby, że ustalając wartość zamówienia zamawiający, w przypadku pieprzu cytrynowego, wskazał na stawkę podatku VAT w wysokości 8%, nie zaś w wysokości 23%, którą to stawkę na etapie badania i oceny ofert oraz w Odpowiedzi na odwołanie uznał za prawidłową.

Skoro jednak zamawiający przyjął, że właściwą stawką podatku od towarów i usług w przypadku pieprzu cytrynowego jest 23%, a w przypadku wafli zbożowo-ryżowych 5%, to w konsekwencji oferty, w których cena obliczona została z zastosowaniem innych stawek winny być przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby podkreśla, odwołując się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, że skutki prawne oceny stawki podatku VAT nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurystycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P.W. MAT M. T. ze Starachowic z tego względu, iż jej treść jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Opis artykułów zaoferowanych przez M. T. znajdował się (tak jak i u odwołującego) w Załączniku nr 1A do SIWZ.

Odwołujący nie twierdził, że opis którejkolwiek pozycji tego załącznika nie jest zgodny ze wzorem tegoż Załącznika, ujmującym opis oczekiwanych przez zamawiającego produktów.

Wniosek o niezgodności treści oferty M. T. odwołujący wysnuł nie w oparciu o złożony przez M. T., wypełniony Załącznik nr 1A, ale w oparciu o złożone przez tego wykonawcę faktury.

Podnieść jednak należy, że faktury te zostały złożone na wezwanie zamawiającego z dnia 5 grudnia 2018 r. w tym wyłącznie celu, aby wykazać prawidłowość wskazanych i stanowiących podstawę obliczenia ceny ofertowej M. T. stawek podatku VAT dla budzących wątpliwości zamawiającego czterech pozycji.

Rozszerzenie celu złożenia tych faktur, tj. uznanie – jak chce tego w istocie odwołujący – że wykonawca M. T. złożył je także jako opis zaoferowanych przez wykonawcę artykułów (w szczególności co do gramatury) stoi w oczywistej sprzeczności z treścią wezwania zamawiającego z dnia 5 grudnia 2018 r., a przede wszystkim z treścią wyjaśnień M. T. z 6 grudnia 2018 r., w których jednoznacznie oświadczyła, że składa wyjaśnienia „*W odpowiedzi na wezwanie*”, które to wezwanie dotyczyło przecież jedynie stawek podatku VAT w przypadku czterech pozycji, dodatkowo wskazując, że wyjaśnienia dotyczą „*zakresu zastosowania stawki podatku od towarów i usług VAT*”.

Dodatkowo podnieść należy, że zmiana treści oferty po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna (wnioskowanie a contrario z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „*Wykonawca może, przed upływem terminu składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.*”).

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa niekonsekwencję w stanowisku odwołującego co do „*dowodzenia na podstawie faktur zakupowych*”, polegającą na tym, że z jednej strony odwołujący nie dopuszcza dowodzenia na podstawie tych faktur „*poprawności zastosowania stawek VAT*”, z drugiej strony na podstawie przedłożonych przez konkurencyjnego wykonawcę faktur sformułował zarzut niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ pomimo, że w obu przypadkach – jak argumentował odwołujący w odniesieniu do dopuszczalności oceny poprawności zastosowania stawek VAT – „*faktury mogą być błędnie wystawione a ponadto mogą być wystawione faktury korygujące*”.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że obawa odwołującego związana z „*niebagatelny* *znaczeniem w przypadku alergików*” zaoferowania masy makowej z bakaliami (przyjmując, że taką zaoferowała M. T.), która – jak się wydaje – winna wedle odwołującego prowadzić do odrzucenia oferty M. T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie znajduje odzwierciedlenia w opisie tego artykułu przez zamawiającego. W pozycji 154 wzoru Załącznika nr 1A do SIWZ zamawiający ani nie zastrzegł składu masy makowej, ani nie wykluczał jako jej składnika bakalii.

Reasumując, podstawą oceny zgodności treści oferty M. T. z treścią SIWZ mógł być jedynie opis zaoferowanych artykułów spożywczych w wypełnionym Załączniku nr 1A do SIWZ, którego odwołujący nie kwestionował, stąd też – wobec niedopuszczalności oparcia się przy ocenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ na złożonych w innym celu fakturach, uznać należało, że M. T. zaoferowała zgodne z wymaganiami zamawiającego w szczególności co do gramatury artykuły, a tym samym, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania przeprowadzenia rzetelnego badania i oceny ofert, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty M. T., czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (o czym była mowa powyżej w odniesieniu do masy makowej), którą to ofertę wybrał jako najkorzystniejszą, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie przeprowadził w sposób rzetelny czynności badania i oceny ofert i nie mógł uznać oferty M. T. za najkorzystniejszą.

Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania uznania, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie zadania 1, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący zdaje się utożsamiać fakt oceny oferty danego wykonawcy najwyżej z wyborem takiej oferty jako najkorzystniejszej.

Podnieść jednak należy, zgodnie z treścią SIWZ (VII pkt 2), że zamawiający zastrzegł, iż „*Ostateczne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonane na podstawie złożonych dokumentów. Ocenie na tym etapie podlegać będzie wyłącznie Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona.*”

Jeśli, ponawiając czynność badania i oceny ofert zamawiający podtrzyma ocenę, że treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, to jednak nie można pominąć, że ocena danej oferty najwyżej nie oznacza automatycznie, że jest to oferta najkorzystniejsza. Za ofertę

najkorzystniejszą może być bowiem uznana oferta takiego tylko wykonawcy, który „ostatecznie” potwierdził spełnianie warunków udziału. Odwołujący nie był wzywany do złożenia dokumentów, toteż nie potwierdził jeszcze „ostatecznie”, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, stąd wybór oferty odwołującego nie był możliwy.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ze względu na potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M. T., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.W. MAT M. T. ze Starachowic (27-200) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu błędnej stawki podatku od towarów i usług dla pozycji 154 Formularza cenowego – masa makowa 900 g +/- 5% oraz zaniechania rzetelnego badania i oceny ofert skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. A) oraz b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: