

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 3 lutego 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2020 r. przez odwołującego: **Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S.** (ul. Kolejowa 10 19-500 Gołdap) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **AMW SINEVIA sp. z o.o.** (ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki),

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „RABA” L. R., R. G. B. spółka jawna**, (ul. Kolejowa 10, 16-420 Raczki) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzucić odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - **Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S.** (ul. Kolejowa 10 19-500 Gołdap) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S.** (ul. Kolejowa 10 19-500 Gołdap) na rzecz zamawiającego: **AMW SINEVIA sp. z o.o.** (ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki) kwotę 3. 599 zł 99 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

AMW SINEVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. SVA/NDM/4620-16/2019: Wykonanie przebudowy zewnętrznej instalacji wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej w garnizonie Orzysz - zadanie 35103. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień rok: 2019 Nr pozycji: 586588-N-2019. Odwołujący - Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S. podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „RABA” L. R., R. B. Sp. J. (...), która to oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu w ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT.
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonywanie oceny ofert przy zastosowaniu różnych stawek podatku VAT w stosunku do poszczególnych ofert.

Wykonawca wskazał, że Zamawiający w dniu 16 stycznia 2020 r. zawiadomił Odwołującego, że w wyniku powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego SYA/NDM/4620-16/2019 pn. Wykonanie przebudowy zewnętrznej instalacji wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej w garnizonie Orzysz - zadanie 35103 za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „RABA” L. R., R. B. Sp. J., ul. Kolejowa 10, 16-240 Raczki. Odwołujący po zapoznaniu się z protokołem postępowania i treścią oferty złożonej przez wybranego wykonawcę stwierdził, że oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „RABA” L. R., R. B. Sp. J. (...), zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu w ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT. W załączniku nr 1 do SIWZ Aktualny formularz oferty w pkt 3 Zamawiający, zgodnie z postanowieniami SIWZ wymienionymi wyżej, wymagał od wykonawców podania ceny oferty, ceny netto i wysokości stawki podatku VAT, pozostawiając miejsce na wstawienie tej wysokości oraz dodatkowo w nawiasie określił, że ... proszę wpisać wysokość stawki podatku VAT obowiązujący w przedmiotowym zadaniu, który będzie doliczony w celu oceny oferty ... Zamawiający w żadnym z postanowień SIWZ nie podał i nie określił jaka stawka podatku VAT obowiązuje w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem obowiązek ustalenia właściwej stawki VAT leżał po stronie Wykonawców. W związku z tym, że przedmiot zamówienia dotyczy robót

budowlanych w zakresie wykonania przebudowy zewnętrznej instalacji wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej, ma do niego zastosowanie stawka podstawowa podatku VAT 23%. Jednakże wybrany Wykonawca tj. PHU RABA w złożonej ofercie w punkcie 3 podał nieprawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 0%. Dodatkowo Odwołujący podkreśla, że od dnia 1 listopada 2019r. zmieniły się przepisy w rozliczania podatku VAT. Została zlikwidowana tzw. procedura „odwrotnego obciążenia”. Od 1 listopada 2019r. obowiązuje zasada tzw. „mechanizmu podzielonej płatności”. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 19.11.2019 r. do kwoty netto w ofercie zostanie doliczony podatek VAT na nowych zasadach. W związku z powyższym, uwzględniając podaną przez PHU RABA stawkę podatku 0%, Zamawiający otrzyma od Wykonawcy faktury z zerową kwotą podatku VAT. Przedstawiony stan faktyczny sprawy potwierdzają, że zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „RABA” L. R., R. Ba. Sp. J., ul. Kolejowa 10, 16-240 Raczki, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych polega na nierównym traktowaniu wykonawców poprzez dokonywanie oceny ofert z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT co, w ocenie odwołującego jest nieprawidłowe i dodatkowo narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 30/01/20) wniósł o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „RABA” L. R., R. G. B. spółka jawna wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z jej art. 182 ust.3 pkt 2 Pzp.

Stosownie do art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że: „3. *odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;*”. W myśl natomiast art. 182 ust.3 pkt 2 Pzp odwołanie wnosi się: „2) *w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia*”. Z kolei

zgodnie z art. 180 ust.1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje nie tylko od podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy czynności zamawiającego, ale także (...) *od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy*". W art. 89 ust. 1 określony został katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty. Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie każdej z wymienionych w przepisie niezależnych przesłanek skutkuje niezależnymi podstawami odrzucenia oferty.

W niniejszym odwołaniu Odwołujący (Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S.) stwierdził, że Zamawiający w dniu 16 stycznia 2020r. zawiadomił, że w wyniku powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „RABA” L. R., R. B. Sp. J., ul. Kolejowa 10, 16-240 Raczki (wykonawca RABA” L. R., R. B. Sp. J.]. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, albowiem zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy RABA” L. R., R. B. Sp. J., (...), pomimo tego, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu w ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT. Wskazał także na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (nierówne traktowanie wykonawców) z uwagi na dokonywanie oceny ofert przy zastosowaniu różnych stawek podatku VAT w stosunku do poszczególnych ofert.

Izba stwierdza, że Zamawiający w dniu 25 listopada 2019 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „RABA” L. R., R. G. B. spółka jawna. Tą decyzją z dnia 25 listopada 2019 r. również za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S. (Odwołującego) uzyskująca najwyższą liczbę punktów – łącznie 100 punktów, w tym: cena – 90 punktów i drugie kryterium (okres gwarancji) 10 punktów. W tym przypadku cena z oferty Odwołującego według decyzji z dnia 25 listopada 2019 r. była ceną najniższą wobec odrzucenia oferty wykonawcy „RABA” L. R., R. G. B. Sp. J. z ceną najniższą spośród złożonych w tym postępowaniu ofert cenowych. Odnośnie drugiego kryterium obaj wykonawcy oferowali ten sam okres gwarancji (w przypadku oceny uzyskiwaliby równą liczbę punktów 10 pkt). Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „RABA” L. R., R. G. B. spółka jawna w odwołaniu z dnia 29.11.2019 r. zaskarżyło czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy. To odwołanie w konsekwencji zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 13 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2422/19 uwzględnione i co do zarzutów w nim podniesionych KIO nakazała unieważnienie czynności odrzucenia

oferty wykonawcy „RABA” L. R., R. G. B. Sp. J., unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie poprawy oferty tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez skreślenie pozycji 1.4.3.3 kosztorysu ofertowego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy.

Zatem w tym stanie faktycznym wykonawca Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S. już w dniu 25 listopada 2019 r. miał interes, o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp, we wniesieniu odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „RABA” L. R., R. G. B. spółka jawna także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na którą powołuje się w niniejszym odwołaniu wniesionym w dniu 21 stycznia 2010 r. W tym odwołaniu (w sprawie KIO 119/20) wykonawca podniósł wskazywany powyżej zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, albowiem jego zdaniem oferta aktualnie uznana za najkorzystniejszą zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu w ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT. Wskazał także na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (nierówne traktowanie wykonawców) z uwagi na dokonywanie oceny ofert przy zastosowaniu różnych stawek podatku VAT w stosunku do poszczególnych ofert. Te okoliczności istniały i znane były wykonawcy w dniu 25 listopada 2019 r. a zatem termin na skuteczne zgłoszenie zarzutu w odwołaniu upłynął w dniu 2 grudnia 2019 r. Podobnie jak dla odwołania w sprawie KIO 2422/19, w zakresie zarzutów podnoszonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „RABA” L. R., a dotyczących wskazanych podstaw odrzucenia jego oferty w decyzji z dnia 25.11.2019 r. Wymaga podkreślenia, że okoliczności na które powołuje się wnoszący odwołanie wykonawca w niniejszej sprawie istniały w dniu 25 listopada 2019 r. a w stanie faktycznym tej sprawy Zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „RABA” L. R. Sp. J. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, co w przypadku zaistnienia określonych w odwołaniu okoliczności w związku z regułą określoną art. 192 ust. 2 ustawy Pzp mogło mieć niewątpliwie istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jednakże powyższe w terminie wymaganym ustawy Pzp – jej art. 182 ust.3 pkt 2 - nie zostało przez Odwołującego zaskarżone.

Z tych względów Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący: