

Sygn. akt: KIO 1746/11

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę SOLIDEX S.A. z siedzibą w Krakowie, 30-133 Kraków, ul. J. Lea 124 w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu, 61-712 Poznań, ul. Henryka Wieniawskiego 1

przy udziale wykonawcy Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 60-391 Poznań, ul. Swoboda 12 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1746/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SOLIDEX S.A. z siedzibą w Krakowie, 30-133 Kraków, ul. J. Lea 124 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SOLIDEX S.A. z siedzibą w Krakowie, 30-133 Kraków, ul. J. Lea 124 tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu na „Dostawę urządzeń lokalnej sieci komputerowej – II partie” (nr postępowania 907/PN/26/11 – partia II), wobec czynności oceny ofert, wykonawca SOLIDEX S.A. wniósł w dniu 16 sierpnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1746/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 sierpnia 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty odwołującego przekazanej w dniu 5 sierpnia 2011 r. faksem. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określone w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych, w tym art. 89 ust.1 pkt 6 poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny i zaniechanie odrzucenia oferty VENTUS, mimo iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie może zostać poprawiony przez zamawiającego, art. 7 ust. 1 poprzez dowolną ocenę ofert, a w szczególności brak wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w kwestii zastosowanej stawki podatku VAT. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia poprawnie przygotowanej oferty odwołującego, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty VENTUS, jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu, odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do okoliczności wskazanej przez zamawiającego, jako podstawa odrzucenia jego oferty i dotyczącej rzekomego błędu w obliczeniu ceny, mającego wynikać z zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT (23 %). Odwołujący nie zgodził się z uzasadnieniem zamawiającego, który stwierdził, iż „w SIWZ zamieścił informację, iż jest uprawniony do zastosowania stawki 0% podatku VAT na dostawy zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz. U. 2004 r. nr 54 poz. 535 z późn. zm.) – załącznik nr 8. Oferta może być uznana za ważną, jeżeli ma prawidłowo obliczoną cenę – z uwzględnieniem obowiązującej stawki podatku VAT. Oferta z błędną stawką podlega więc odrzuceniu”. Uzasadniając podstawę przyjęcia stawki podatku VAT 23%, odwołujący opierał się na przedmiocie dostawy oraz okolicznościach, w jakich wykonywałby dostawę, prowadzące do stwierdzenia, iż w chwili

składania oferty nie były spełnione wszystkie warunki wymagane do zastosowania preferencyjnej stawki podatkowej 0%. Status zamawiającego, który jest placówką oświatową w rozumieniu przepisów podatkowych (jako uczelnia wyższa), upoważniałby do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT (w stosunku do części urządzeń należących do kategorii 8 ustawy VAT) pod warunkiem posiadania przez odwołującego stosownego zamówienia potwierdzonego zaświadczeniem przez organ nadzorujący zamawiającego tj. Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, zgodnie z art. 83 ust. 14 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. W odpowiedzi na pytanie z dnia 2 czerwca 2011 r., zamawiający wskazał, iż będzie się starał o uzyskanie zaświadczenia dopiero po wyborze wykonawcy i po podpisaniu z nim umowy. Jednocześnie w projekcie umowy (§ 2) zastrzegł, iż „Wykonawca zobowiązuje się zastosować stawkę 0% podatku VAT pod warunkiem otrzymania każdorazowo od zamawiającego, będącego placówką oświatową, zamówienia, które będzie potwierdzone przez właściwy organ nadzorujący zamawiającego zgodnie z art. 83 ust. 14 pkt 1 w związku z art. 83 ust. 1 pkt 26 lit a) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535). Swoje wątpliwości dotyczące przyjęcia właściwej do obliczenia ceny oferty, stawki podatku VAT, odwołujący próbował wyjaśniać na etapie zapytań do siwz, a w odpowiedzi otrzymał niejasne i niejednoznaczne stanowisko zamawiającego, który nie wskazał jaką stawkę podatku VAT odwołujący powinien zastosować w formularzu ofertowym (odpowiedź na pytania z dnia 2 czerwca 2011 r.), a jedynie stwierdził, wykonawca powinien w formularzu oferty podać cenę brutto za całą partię wraz z informacją jakie stawki podatku VAT zostały zastosowane. Mając na uwadze odpowiedź zamawiającego, który uzależniał zastosowanie 0% stawki VAT od zdarzenia przyszłego i niepewnego (uzyskania zaświadczenia MNiSW), jak również kierując się interpretacją podatkową (postanowienie Naczelnika Małopolskiego Urzędu Skarbowego PO1/443-33/06/92999), z której wynika, iż dokonanie ewentualnej późniejszej korekty faktury VAT z 23% na 0% stanowi naruszenie przepisów ustawy i naraża na odpowiedzialność karno-skarbową, odwołujący uznał, iż miał obowiązek zastosowania w dacie składania oferty stawki VAT 23%. Jednocześnie, odwołujący zaznaczył, iż akceptując w formularzu ofertowym bez zastrzeżeń projekt umowy (załącznik nr 6 do siwz), zobowiązał się do zastosowania 0% stawki podatku dopiero na etapie wykonywania udzielonego zamówienia (§2). Na skutek decyzji zamawiającego, odrzucona została oferta – jako zawierająca domniemany błąd w obliczeniu ceny - tańsza od wybranej. Przywołując tezy z orzecznictwa KIO, odwołujący wskazywał na obowiązek zamawiającego prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazywał również na praktykę gospodarczą dotyczącą stosowania w podobnej sytuacji stawki podatku VAT 23 % przy dostawie sprzętu komputerowego do instytucji oświatowych, co ma potwierdzać, iż jej zastosowanie było właściwe.

Odwołujący zakwestionował postępowanie zamawiającego, który dowolnie przyjął, iż stawka 23 % jest błędna, pomimo braku jednoznacznego jej określenia w siwz, czy też w odpowiedzi na pytania odwołującego. Zamawiający przyjął ofertę droższą, bez wcześniejszego wyjaśnienia z wykonawcami podstaw przyjętych przy obliczeniu ceny ofert stawek podatku VAT.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość obliczenia ceny w ofercie wybranej – VENTUS, w której przyjęto 0 % stawkę VAT dla produktów wyszczególnionych w pozycjach 14 – 19 formularza ofertowego, chociaż nie należą one do kategorii produktów wymienionych w całości w załączniku nr 8 ustawy VAT, a tym samym niezależnie od zaświadczenia MNiSW stawka ta nie mogła być zastosowana. Miało to istotny wpływ na wysokość ceny ostatecznie wskazanej w ofercie, a błędy te nie mogły być naprawione przez zamawiającego, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty VENTUS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Odwołujący wyjaśnił, iż przedmioty objęte pozycjami od 14 do 19 oznaczone są znakiem =, co wskazuje iż nie są one kupowane jako części składowe konkretnego urządzenia (w tym przypadku Catalyst 4500 WS-C4506-E), lecz jako osobne moduły do rozbudowy innych urządzeń i nie mogą być objęte preferencyjną stawką podatku VAT stosowaną dla urządzenia głównego po uzyskaniu przez zamawiającego zaświadczenia z Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

W dniu 16 sierpnia 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wskazując na prawidłowość obliczenia podatku VAT dla pozycji wymienionych w załączniku nr A do siwz, dla których zamawiający jednoznacznie określił stawkę VAT w wysokości 0% (pkt XII SIWZ). Przystępujący kierując się wytyczną zamawiającego dokonał obliczenia ceny oferty, mając na uwadze, iż to zamawiający jest uprawniony do nabywania towarów wskazanych w załączniku nr 8 do ustawy przy zastosowaniu preferencyjnej stawki podatku VAT, co obligowało go do wskazania w siwz jednolitego sposobu obliczenia ceny, aby zapewnić porównywalność ofert. Powoływane przez odwołującego zapisy siwz i wzoru umowy nie uprawniały do zmiany zaoferowanej ceny, a jedynie zobowiązywały zamawiającego do dopełnienia formalności niezbędnych przy stosowaniu preferencyjnej stawki podatku VAT dla placówek oświatowych. Odnosząc się do kwestionowanej podstawy przyjęcia w ofercie przystępującego preferencyjnej stawki podatku VAT dla części przedmiotu zamówienia – modułów montowanych w przełącznikach (switchach) sieciowych, przystępujący mając na podstawie postanowienia art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy VAT, wskazującego na towary, których dostawa opodatkowana jest stawką 0%, a także definicję towaru wskazaną w art. 2 pkt 6 ustawy VAT, uznał, iż zarówno switche sieciowe, jako wymienione w załączniku nr 8, jak i ich części, objęte są preferencyjną stawką podatku VAT.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie, Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności mogących prowadzić do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym i rozpoznała zarzuty merytorycznie. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do przywrócenia jego oferty do postępowania i tym samym umożliwienia jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności zamawiającego oceny ofert, w kontekście ustalenia wypełnienia przesłanek do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego i zaniechania odrzucenia oferty przystępującego dotyczą wspólnej podstawy prawnej i faktycznej, i wynikają z przyjętych przez wykonawców dla obliczenia ceny ofert stawek podatku VAT na przedmioty objęte wykazem towarów, których dostawa jest opodatkowana stawką 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy o VAT, w pierwszej kolejności konieczne było ustalenie właściwej z punktu widzenia obowiązujących przepisów podatkowych stawki podatku VAT. Nie było sporne między stronami, iż przedmiotem zamówieniem dla partii II (17 pozycji przedmiotu zamówienia), objęty został sprzęt komputerowy ujęty w załączniku nr 8 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, którego dostawa do placówek oświatowych jest opodatkowana stawką VAT 0%, na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 26 lit a ustawy o VAT. Odwołujący na rozprawie sam przyznał, iż z uwagi na definicję towaru wprowadzoną w art. 2 pkt 6 ustawy o VAT, kwestionowana przez niego wycena czterech pozycji sprzętowych w ofercie przystępującego, staje się niezasadna. W tej sytuacji Izba uznała, iż strony były zgodne w przedmiocie ustalenia, że dostawa przedmiotu zamówienia jest objęta stawką podatku VAT 0% przy zachowaniu warunków, o których mowa w ust. 13-15 art. 83 ustawy o VAT. Kwestią wymagającą zajęcia stanowiska przez Izbę było natomiast ustalenie, czy wykonawcy byli zobowiązani już na etapie przygotowania oferty przyjąć dla obliczenia ceny brutto oferty stawkę podatku VAT 0%, mając na uwadze zapisy siwz, w których zamawiający wskazywał

na zobowiązanie wykonawcy do zastosowania stawki 0% podatku VAT pod warunkiem otrzymania każdorazowo od zamawiającego zamówienia potwierdzonego przez organ nadzorujący, który to obowiązek wynika z art. 83 ust. 14 ustawy o VAT. Zobowiązanie to zostało wprowadzone do § 2 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 6 do siwz. Odwołujący uznawał na tej podstawie, iż był uprawniony na etapie składania oferty, mając jednocześnie na uwadze brak wskazania przez zamawiającego w siwz w sposób jednoznaczny właściwej stawki podatku VAT, jaką należało uwzględnić w cenie oferty, do przyjęcia dla całości przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT 23%. Dopiero na etapie realizacji umowy, odwołujący zakładał, iż wysokość jego wynagrodzenia ulegać będzie zmianie każdorazowo po spełnieniu warunku, o którym mowa w art. 83 ust. 14 ustawy o VAT.

W ocenie Izby, interpretacja postanowień siwz prezentowana przez odwołującego dla wykazania prawidłowości obliczenia ceny brutto oferty była nieprawidłowa. Izba uznała, iż z treści siwz, jak również z odpowiedzi zamawiającego na pytanie odwołującego dotyczące treści siwz, nie sposób wywieść, iż wykonawca był zwolniony z obowiązku obliczenia ceny brutto oferty z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Zamawiający w punkcie XII siwz wyraźnie podkreślił, iż cena oferty powinna uwzględniać podatek VAT we właściwej wysokości. Zamieścił także zapisy dotyczące naliczenia podatku VAT przez wymienienie towarów, których dostawa opodatkowana jest stawką VAT 0% z przywołaniem podstawy prawnej. W dalszej części tego punktu, zamawiający zastrzegł, iż ceny jednostkowe nie będą podlegały zmianom z wyjątkiem odpowiednich zapisów umowy. Okoliczności, których wystąpienie mogło stanowić podstawę do zmiany postanowień umowy zostały wprost wskazane w projekcie umowy w § 10 i dotyczyły dwóch przypadków. Pierwszy związany był z możliwością zastąpienia przedmiotu umowy nowym modelem o nie gorszych parametrach w przypadku zaprzestania obecnie produkowanego modelu. Drugi związany był z wystąpieniem po zawarciu umowy innych okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu przedmiotu umowy. W ocenie Izby, żaden z tych przypadków nie uprawniał do przyjęcia już na etapie przygotowywania oferty możliwości wprowadzania zmiany stawki podatku VAT z 23% na 0% każdorazowo po uzyskaniu przez zamawiającego potwierdzenia zamówienia przez organ nadzorujący. Takiej podstawy do zmiany umowy nie uzasadnia również pozostawienie przez zamawiającego w projekcie umowy miejsca na uzupełnienie wysokości podatku VAT, która z uwagi na mieszany charakter zamówienia, obejmujący poza dostawą urządzeń również świadczenie usługi serwisu mogła mieć różną wysokość, w zależności od sposobu nabycia usługi serwisu (oddzielnie – wówczas stawka VAT 23% lub w cenie zakupionego sprzętu – stawka 0%). W oparciu o powyższe, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia interpretacji odwołującego, a tym samym do uznania, iż odwołujący w sposób prawidłowy dokonał obliczenia ceny oferty brutto. W ocenie Izby,

zamawiający w sposób dostateczny wskazał na obowiązek przyjęcia dla obliczenia ceny oferty stawki podatku VAT 0 % i nie przeczy temu treść jego odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 2 czerwca 2011 r. Pytanie wykonawcy dotyczyło sposobu ujęcia w formularzu oferty w pkt 1 stawki podatku VAT za partie, które mogą obejmować zarówno sprzęt objęty stawką podstawową (23%) jak i stawką 0% i czy można wpisać kilka zastosowanych stawek. Pytanie nie dotyczyło zatem, jak twierdzi odwołujący, wskazani właściwej stawki VAT jaką należało przyjąć do obliczenia ceny, lecz strony technicznej wypełnienia formularza oferty. I tego dotyczyła odpowiedź zamawiającego, który wyjaśnił, iż należy podać w formularzu ofertowym jedynie cenę brutto za całą partię wraz z informacją jakie stawki podatku VAT zostały zastosowane. Pytanie, którego autorem był odwołujący wskazuje, iż miał on świadomość, co do podstaw przyjęcia stawki podatku VAT 0%, co jednak nie znalazło odzwierciedlenia w cenie oferty brutto. Stanowiska odwołującego nie da się również obronić interpretacją indywidualną, na którą powoływał się w odwołaniu, która jedynie potwierdza konieczność wypełnienia warunku, o którym mowa w art. 83 ust. 14 ustawy o VAT w celu stosowania stawki podatku VAT 0% i nie dotyczyła sytuacji faktycznej, w której wykonawca w ofercie przyjął stawkę podatku VAT 23%.

Izba uznała za niezasadne twierdzenie odwołującego, iż zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Przedstawiona na rozprawie kalkulacja odwołującego obrazująca możliwe sposoby obliczenia ceny brutto w złożonych ofertach w zależności od przyjętej stawki podatku VAT nie mogą mieć znaczenia, ponieważ nie dotyczyła rzeczywistości. Faktycznie oferta odwołującego była ofertą droższą od oferty wybranej, a zatem wszelkie próby przedstawienia możliwej kolejności ofert w zależności od wyników symulacji cen, nie mogły mieć znaczenia dla stwierdzenia, iż oferta wybrana była ofertą najtańszą. Ponieważ Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego mającej wykazać poprawność obliczonej przez niego ceny brutto, konsekwentnie Izba uznała, iż w ofercie wybranej nie popełniono błędu w obliczeniu ceny. Izba oddaliła zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oferty Ventus Communications Sp. z o.o., jako niezasadny. Izba nie miała wątpliwości, iż przedmiot zamówienia obejmujący dostawę sprzętu komputerowego dla placówki oświatowej opodatkowany jest, na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy o VAT, stawką 0%. Nie było to również kwestionowane przez odwołującego, który już na rozprawie złagodził stawiany zarzut, uznając iż może być on nadmierny w związku z definicją towaru. W tej sytuacji, Izba nie miała żadnych wątpliwości co do poprawności obliczenia ceny brutto w ofercie uznanej za najkorzystniejszą i oddaliła odwołanie w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie Izba nie stwierdziła, aby

zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy. Nawet przyjmując, w ślad za wskazywaną w orzecznictwie KIO interpretacją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, iż zastosowanie błędnej stawki podatku VAT nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, ewentualne naruszenie przez zamawiającego przepisu nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, w którym ofertą najkorzystniejszą była oferta Ventus Communications Sp. z o.o., a zatem odwołanie i tak nie mogło odnieść skutku oczekiwanego przez odwołującego.

W tych okolicznościach faktycznych, Izba uznała, iż zamawiający nie popełnił zarzucanych mu naruszeń ustawy i orzekła jak w sentencji.

Oddalając odwołanie Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PrZamPubl, a także § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego.

Przewodniczący: