

Sygn. akt KIO 430/14

WYROK
z dnia 20 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Emil Kawa
Daniel Konicz

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Techniczno Budowlany POLBAU Sp. z o.o. w Opolu, ELEKTROMONT Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie

przy udziale SKANSKA S.A. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w Krakowie unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Techniczno Budowlany POLBAU Sp. z o.o. w Opolu, ELEKTROMONT Sp. z o.o. w Krakowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Techniczno Budowlany POLBAU Sp. z o.o. w Opolu, ELEKTROMONT Sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Krakowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Techniczno Budowlany POLBAU Sp. z o.o. w Opolu, ELEKTROMONT Sp. z o.o. w Krakowie kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Krakowie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 430/14

Uzasadnienie

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa budynku ZWI i ambulatorium w kompleksie wojskowym Kraków - Pychowice.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 czerwca 2013 r. pod numerem 112545-2013.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

28 lutego 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Techniczno Budowlany POLBAU Sp. z o.o. w Opolu, ELEKTROMONT Sp. z o.o. w Krakowie. Zamawiający uznał, że uwzględnienie w cenie oferty jednolitej stawki VAT 23 % stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty.

Wykonawcy, których oferta została odrzucona wnieśli odwołanie 5 marca 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że odrzucając ofertę odwołującego i nie dokonując jej wyboru naruszył art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp i art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp oraz art. 41 ust. 1 ustawy o VAT. Podniósł również zarzuty naruszenia art. 92 ust. 2 Pzp przez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, co miało wpływ na możliwość składania i zakres złożonego środka ochrony prawnej, a w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania oraz art. 7 ust 1 przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, polegające na niejednakowym traktowaniu wykonawców i stosowaniu odmiennych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty złożonej przez Skanska S.A. w Warszawie jako najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert. Żądał również obciążenia zamawiającego na rzecz odwołującego kosztami

postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że ze względu na kompleksowy charakter świadczenia wykonawcy zastosował poprawną stawkę VAT. Wywodził, że przedmiot zamówienia jest jednorodny z punktu widzenia celu realizowanego zamówienia publicznego, interesów nabywcy a także z punktu widzenia przepisów podatkowych. Podniósł również, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający żądał podania w ofercie jednej ceny brutto oraz kwoty podatku VAT, bez określenia stawki tego podatku.

Zdaniem odwołującego zastosowana przez niego stawka VAT jest poprawna na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, gdyż regułą prawa podatkowego jest uprawnienie, a nie obowiązek stosowania preferencyjnych stawek podatkowych. Podatnik zawsze ma prawo zastosować podstawową stawkę podatkową bez negatywnych konsekwencji, zwłaszcza wobec wątpliwości, co do poprawności przyjętej stawki. Odwołujący wywodził, że ustawa o podatku od towarów i usług oraz dyrektywa nr 2006/112/WE w odmienny sposób określają rodzaje sprzętu medycznego, w odniesieniu do którego istnieje możliwość stosowania obniżonej (8%) stawki VAT. Oznacza to, że wobec zaistnienia wątpliwości w zakresie dopuszczalności zastosowania zwolnienia podatkowego, wykonawca zobowiązany był do zastosowania stawki podstawowej.

Odwołujący podkreślił, że ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być oceniane z zastosowaniem tych samych reguł. Tymczasem zamawiający w sposób odmienny ocenił ofertę odwołującego i ofertę SKANSKA S.A. w Warszawie.

SKANSKA S.A. w Warszawie przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3 SIWZ przedmiotem postępowania jest budowa budynku ZWI i ambulatorium w kompleksie wojskowym Kraków - Pychowice. Przedmiot zamówienia obejmuje jednak nie tylko roboty budowlane, ale również wyposażenie, rozruch i szkolenie pracowników. Ten element zamówienia opisany został przez zamawiającego w przedmiarze podzielonym na dwie części: wyposażenie wymagające montażu oraz wyposażenie nie wymagające

montażu.

Spór dotyczy następujących elementów wyposażenia w części wyposażenie wymagające montażu:

Poz. 3 - Lampa bezcieniowa sufitowa;

Poz. 4 - Negatoskop;

Poz. 6 - Unit stomatologiczny;

Poz. 7 - Wanna do hydromasażu;

W części wyposażenia niewymagającego montażu:

Poz. 17 – Kozetka do badań;

Poz. 18 – Kozetka drewniana;

Poz. 19 – Stół zabiegowy;

Poz. 20 – Lampa statywowa bezcieniowa;

Poz. 23 – Waga lekarska;

Poz. 31 - Sterylizator parowy;

Poz. 37 – Aparat do magnetoterapii;

Poz. 38 – Aparat do światłoterapii Lampa Sollux;

Poz. 39 – Aparat do światłoterapii Lampa Solaris;

Poz. 40 – Aparat do elektroterapii Physioter D60;

Poz. 41 – Aparat do laseroterapii Teraplus;

Poz. 42 – Aparat do elektroterapii;

Poz. 43 – Aparat do ultradźwięków;

Poz. 47 – Aparat EKG.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena pkt 12 SIWZ. We wzorze formularza oferty zamawiający żądał podania ceny brutto oraz kwoty podatku VAT.

Postanowienia SIWZ stały się podstawą pytania jednego z wykonawców: „W związku z tym, że zakres zamówienia obejmuje także dostawę wyposażenia prosimy o wskazanie, jaką stawkę podatku należy przyjąć na wyposażenie”.

Pismem z 13 grudnia 2013 r. (nr 5648/VIII) zamawiający udzielił odpowiedzi, że „Stawkę VAT należy przyjąć zgodnie z obowiązującymi przepisami”. W innej odpowiedzi udzielonej w tym samym piśmie zamawiający wyjaśnił, że w przypadku wyposażenia będącego wyrobem medycznym, dokumenty związane z danym sprzętem powinny być dostarczone w związku z wykonaniem umowy.

W toku postępowania zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp badał cenę złożonych ofert, dwukrotnie zwracając się do wykonawców o wskazanie wysokości przyjętych stawek VAT oraz przyczyn przyjęcia w poszczególnych pozycjach przedmiaru dotyczącego wyposażenia.

Odwołujący w kwestionowanych pozycjach przyjął stawkę VAT 23%, natomiast przystępujący i QUMAK S.A. dla dostawy wyrobów medycznych przyjęli VAT 8%, zaś dla ich montażu stawkę 23%, przy czym stawkę dla montażu wykonawcy wskazali w różnych miejscach kosztorysów ofertowych, a ich oferty różnią się, co do uznania za wyrób medyczny danych pozycji kosztorysu.

Powołanych ustaleń Izba dokonała na podstawie dowodów z wymienionych pism, których kopie znajdują się w aktach sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną i może ponieść szkodę w postaci utraty wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy w sprawie zamówienia.

Izba nie dokonywała oceny poprawności przyjęcia stawki podatku VAT w ofercie przystępującego i QUMAK S.A. , gdyż jest to niedopuszczalne z uwagi na wartość zamówienia, która jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W odniesieniu do zamówień o tej wartości zakres przedmiotowy dopuszczalnych zarzutów wskazuje w sposób wyczerpujący art. 180 ust. 2 Pzp. Ustawodawca w postępowaniach o mniejszej wartości ograniczył możliwość kwestionowania czynności zamawiającego wyłącznie do takich, które bezpośrednio godzą w uczestnictwo w postępowaniu danego wykonawcy. Podnoszenie zarzutów w odniesieniu do oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz ofert innych wykonawców ubiegających się o dane zamówienie jest wyłączone z mocy prawa.

W konsekwencji wniosek przystępującego o odroczenie rozprawy w celu umożliwienia złożenia jako dowodu indywidualnej opinii Dyrektora Izby Skarbowej co do stawki podatku VAT w odniesieniu do karczowania drzew jest bezprzedmiotowy, gdyż odnosi się do okoliczności, które nie mogą być przedmiotem oceny Izby.

Izba rozpoznała zatem odwołanie wyłącznie w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty odwołującego i uznała je za zasadne.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.) podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%.

Pogląd, że pozostałe stawki podatku VAT, w tym 8%, można stosować wyłącznie w sytuacji, gdy

nie ma wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej, jest już dobrze ugruntowany na gruncie prawopodatkowym. „Towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania, także powinna być stosowana ta stawka” („VAT. Komentarz” Lex 2010 r. A. Bartosiewicz, R. Kubacki).

Teza ta znajduje również zastosowanie w obszarze zamówień publicznych. „Jeśli podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie od VAT, powinien zastosować stawkę podstawową. Korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest bowiem obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem” (wyrok KIO z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13).

Podzielając ten pogląd Izba uznała, że odwołujący w sposób prawidłowy zastosował stawkę podstawową podatku VAT dla obliczenia ceny całej oferty. Możliwość skorzystania ze stawki preferencyjnej podatku VAT 8 % w odniesieniu do wyposażenia budzi wątpliwości.

Po pierwsze: na możliwość zastosowania stawki VAT 8% nie wskazują postanowienia SIWZ, zarówno co do sposobu obliczenia ceny oferty, jak i opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia pozostawali w niepewności, co do prawidłowej stawki, co potwierdza skierowanie do zamawiającego pytania w tej kwestii.

Po drugie: Izba nie uwzględniła poglądu zamawiającego, jakoby konieczność posłużenia się stawką 8% wynikała z odpowiedzi na pytania z 13 grudnia 2013 r. Zamawiający poinformował jedynie wykonawców o obowiązku zachowania prawa przy ustalaniu stawki VAT oraz – po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty - konieczności złożenia dokumentów, potwierdzających, że dany sprzęt jest wyrobem medycznym. Na pytanie o stawkę VAT zamawiający nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi, nie wskazał nawet, że stawki podatku przyjęte dla potrzeb obliczenia ceny oferty powinny być zróżnicowane. Gdyby zamawiający miał w tym względzie pewność, powinien odpowiedzieć, że w stosunku do wyrobów medycznych należy przyjąć stawkę VAT 8 %. Tym samym wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli przypuszczać, że sam zamawiający postrzega zamówienie jako jedno kompleksowe świadczenie, do którego znajduje zastosowanie podstawowa stawka VAT.

Po trzecie: istnienie wątpliwości potwierdza również szczegółowe badanie przez zamawiającego poprawności zastosowanych stawek. Przy tym z treści wezwań kierowanych do wykonawców nie wynika – zdaniem Izby – przekonanie zamawiającego, że dla spornych pozycji należy przyjąć VAT 8%.

Analiza ofert i odpowiedzi udzielonych przez przystępującego i QUMAK S.A. prowadzi natomiast do przekonania, że część sprzętu składającego się na wyposażenie może w odniesieniu do tej samej pozycji stanowić wyrób medyczny, albo nie posiadać takiego statusu.

Wątpliwości związanych ze stawką podatku VAT nie rozprasza, a wręcz przeciwnie, pogłębia,

pismo Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z 14 marca 2014 r. złożone na rozprawie przez zamawiającego. Czytamy w nim, że o możliwości uznania danego sprzętu za wyrób medyczny decyduje przewidziane zastosowanie wyrobu, przy czym nie jest możliwe bez materiałów pochodzących od producenta oraz przeznaczenia wyrobu określenie, czy dany wyrób takie wymagania spełnia.

Po czwarte: z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców wynika, że ich podejście do zagadnienia prawidłowości stawki było różne. Gdyby stawka podatku VAT przesądzona była przez samą nazwę zamawianego sprzętu, nie istniałyby rozbieżności w kwalifikacji prawnopodatkowej tej samej pozycji przedmiaru, a szczegółowe badanie stawki VAT przez zamawiającego byłoby zbędne.

Izba uznała zatem, że odwołujący miał prawo przyjąć stawkę podstawową podatku VAT do obliczenia ceny wyposażenia.

Skoro ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odmiennego poglądu prezentowanego na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego nie wspierają uchwały SN z 20 października 2011 r. wydane w sprawach III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11.

Dostrzec trzeba bowiem, że przywołane uchwały SN zostały wydane na kanwie sporu o zastosowanie stawki preferencyjnej (*vide*: stan faktyczny - wyroki KIO z dnia 1 i 2 marca 2011 r. odpowiednio w sprawach o sygn. akt KIO 313/11 i KIO 314/11). Tymczasem okoliczności niniejszego sporu są diametralnie inne, gdyż nie tylko inny jest przedmiot zamówienia, ale przede wszystkim odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło, nie z powodu nieuprawnionego zastosowania stawki preferencyjnej, lecz – błędnego zdaniem zamawiającego - przyjęcia stawki podstawowej.

Niewątpliwie uwzględnienie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Rezultatem takiego działania jest przecież uzyskanie przez takiego wykonawcę wyższej (mniej korzystnej) oceny własnej oferty w obligatoryjnym kryterium ceny, co nie ma znaczenia dla oceny pozostałych ofert, a tym samym możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców konkurujących o dane zamówienie publiczne (podobnie: wyrok KIO z 17 października 2011 r., sygn. akt KIO 2138/11).

Izba, również w tym składzie orzekającym, podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku

Izby z 6 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2294/12), że w *ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie mieści się odrzucenie oferty, w sytuacji przyjęcia podstawowej stawki podatku VAT, nawet jeśli zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna. Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty oraz niweczące cel postępowania o udzielenie zamówienia byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę mniej korzystną.

Pogląd przeciwny jest nie do pogodzenia z zasadami wyrażonymi w art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

Izba nie podzieliła zrzutu odwołującego, że informacja o odrzuceniu oferty nie zawiera uzasadnienia faktycznego, co miało wpływ na możliwość składania i zakres złożonego środka ochrony prawnej. Informacja przesłana przez zamawiającego wskazuje jasno, jakie pozycje przedmiaru oraz z jakich przyczyn zostały przez zamawiającego zakwestionowane w zakresie przyjęcia stawki VAT. Odwołujący wniósł odwołanie, które w pełnym spektrum dotyczącym czynności odrzucenia oferty zostało rozpoznane na rozprawie.

Tym samym uzasadnienie czynności odrzucenia oferty, nie pozbawiło odwołującego możliwości obrony swoich praw w postępowaniu. Cel art. 92 Pzp został osiągnięty i zamawiający nie dopuścił się jego naruszenia.

W granicach dopuszczalności rozpoznania odwołania określonych w art. 180 ust. 2 Pzp potwierdzenie znalazł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....

.....