

Sygn. akt: KIO 1119/18

**WYROK
z dnia 21 czerwca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 r. przez wykonawcę PHU BMS sp. j. Z. B., ul. Staszica 22, 82-500 Kwidzyn w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Gminy Poronin, ul. Józefa Piłsudskiego 5, 34-520 Poronin

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: PHU BMS sp. j. Z. B., ul. Staszica 22, 82-500 Kwidzyn i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: PHU BMS sp. j. Z. B., ul. Staszica 22, 82-500 Kwidzyn tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz 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 Nowym Sączu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Urząd Gminy Poronin, ul. Józefa Piłsudskiego 5, 34-520 Poronin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę z montażem wyposażenia na potrzeby przedszkola w Zębie w ramach realizacji projektu „Sukces zaczyna się w przedszkolu”, nr sprawy: ZP.271.5.2018.

W dniu 29 maja 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego: PHU BMS sp. j. Z. B., ul. Staszica 22, 82-500 Kwidzyn o dokonaniu czynności wyboru oferty wykonawcy Moje Bambino Sp. z o.o. Sp. K. w części pierwszej jako najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 4 czerwca 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez zaniechanie czynności nie odrzucenia oferty firmy Moje Bambino Sp. z o.o. Sp. K., z siedzibą ul. Graniczna 46, 93-428 Łódź, pomimo dwukrotnego, uzasadnionego wezwania do odrzucenia tejże oferty.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1. odrzucenie oferty firmy Moje Bambino Sp. z o.o. Sp. K., z siedzibą ul. Graniczna 46, 93-428 Łódź
2. w związku z brakiem unieważnienia postępowania i dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazania dokonania wyboru drugiej najkorzystniejszej oferty firmy PHU „BMS” sp. j. Z. B. z siedzibą ul. Staszica 22, 82-500 Kwidzyn.
3. zwrot kosztów postępowania wg norm nakazanych przez Zamawiającego.

W swoim odwołaniu Odwołujący wskazał, że dostawa w ramach w/w przetargu nie jest objęta zwolnieniem, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 2 lub art. 122 zwolnienia podatkowe ust. 1 pkt 2 lub art. 122 zwolnienie od podatku dostawy, importu i nabycia złota inwestycyjnego.

Zwrócił uwagę, że konkurent zgodnie z załączonym kosztorysem, zaoferował w poz. 6, 103, 121, 226, 303 oraz 481 laptopy w łącznej ilości 13 szt. w cenie 3 199,00 PLN netto każdy, co wskazuje, że łączna wartość tych laptopów wyniosła 41 587,00 PLN netto, czyli przekroczyła wartość 20 000 PLN.

Zauważył przy tym, że zgodnie z przepisami ustawy o VAT podmiot jest zobowiązany do wystawienia faktury VAT uwzględniającej przypadek tzw. „odwrotnego obciążenia”, natomiast w ofercie firmy Moje Bambino jest podana cena brutto w wysokości 3 934,77 PLN za sztukę.

Według Odwołującego z powyższych względów nie jest możliwe wystawienie faktury VAT zgodnej z przepisami prawa, ani nie jest możliwa zmiana złożonej już oferty.

Zaznaczył również, że zgodnie z ustawą VAT, Załącznik nr 11, poz. 28a Wykonawca powinien zastosować odwrotne obciążenie podatkiem VAT.

W związku ze źle zastosowaną stawką VAT oferta winna – zdaniem Odwołującego - ulec odrzuceniu jako niezgodna z przepisami obowiązującego prawa.

W związku z tym wnosił o odrzucenie oferty Moje Bambino, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 maja 2018 r. oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, oferty Moje Bambino, wezwania Zamawiającego z dnia 18 maja 2018r. skierowanego do Moje Bambino o wyjaśnienie treści oferty w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, odpowiedzi Moje Bambino z dnia 21 maja 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt 1, 2 i 6 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty wykonawcy Moje Bambino z powodu jej niezgodności z ustawą

Pzp, z powodu sprzeczności jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, a także z tego względu, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w myśl art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Według zapatrywania Izby Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu uzasadniającego twierdzenie, że treść oferty Moje Bambino jest niezgodna z ustawą Pzp, pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ bądź zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W swoim odwołaniu Odwołujący w sposób chaotyczny przedstawił uzasadnienie prawne powołując się na przepisy ustawy o VAT, które samo w sobie nie może stanowić zarzutu i nie motywuje istnienia bądź nieistnienia niezgodności oferty z ustawą Pzp.

Nadto, ustawa Pzp nie zna instytucji automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy konkurencyjnego wskutek dwukrotnego umotywowanego czy też nie wezwania Zamawiającego przez innego wykonawcę do odrzucenia tej oferty.

Poza tym Odwołujący w swoim odwołaniu nie wykazał również istnienia sprzeczności treści oferty wykonawcy Moje Bambino z postanowieniami SIWZ.

Odnosząc się do stwierdzenia o źle zastosowanej stawce VAT, zarzut ten – w przekonaniu Izby – również się nie potwierdził, bowiem Odwołujący w ogóle nie podjął się próby wyводу w tym zakresie i nie wskazał jaka stawka podatku VAT powinna być zastosowana w sposób prawidłowy.

Ostatecznie, Odwołujący nie udowodnił również, że łączna wartość samych laptopów bez uwzględnienia w tym innych kosztów przekroczyła 20 000 zł.

W powyższym zakresie Izba oparła się na wyjaśnieniach wykonawcy Moje Bambino z dnia 21 maja 2018r. udzielonych w następstwie wezwania Zamawiającego z dnia 18 maja 2018r., z których wynika, że przepisy ustawy o VAT dotyczące tzw. „odwrotnego obciążenia” nie mają zastosowania w tym przypadku, co nie prowadzi to do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT po stronie Zamawiającego.

Jednocześnie, Izba uznała za wiarygodne oświadczenie wykonawcy konkurencyjnego z dnia 21 maja 2018r., że cena netto za 1 sztukę (laptopa) wynosi 1 500 zł

netto, a łączna wartość laptopów nie przekracza 20 000 zł, przy czym do wartości tej ceny nie wlicza się kosztów dostawy, montażu i gwarancji.

W związku z powyższym należało przyjąć, że Odwołujący nie wykazał przesłanki z art.17 ust.1 pkt 7 w związku z ust.1 c ustawy o VAT, gdzie w przypadku dostaw towarów wymienionych w poz. 28-28c załącznika nr 11 do ustawy przepis ust. 1 pkt 7 stosuje się, jeżeli łączna wartość tych towarów w ramach jednolitej gospodarczo transakcji obejmującej te towary, bez kwoty podatku, przekracza kwotę 20 000 zł.

Jeżeli powyższa wartość nie jest przekroczona to, podatnikami nie są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne nabywające towary wymienione w załączniku nr 11(laptopy) do ustawy, zaś w rozpoznawanej sprawie takim podmiotem nie jest Zamawiający dla tego zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....