

WYROK

z dnia 26 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2013 r. przez Odwołującego – Complex G. Marek, Ł. Norbert ul. W. Przyborowskiego 4/1 25-417 Kielce, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Politechnika Świętokrzyska Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7 25-314 Kielce.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Complex G. Marek, Ł. Norbert ul. W. Przyborowskiego 4/1 25-417 Kielce i:
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Complex G. Marek, Ł. Norbert ul. W. Przyborowskiego 4/1 25-417 Kielce tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Odwołującego – Complex G. Marek, Ł. Norbert ul. W. Przyborowskiego 4/1 25-417 Kielce na rzecz Zamawiającego - Politechnika Świętokrzyska Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7 25-314 Kielce kwotę 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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

Zamawiający Politechnika Świętokrzyska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego dla Politechniki Świętokrzyskiej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 27.03.2013r. pod numerem 2013/S 063-105327. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego wykonania czynności do których był zobowiązany w związku z uwzględnieniem odwołania które zostało umorzone przez KIO, sygn. akt. KIO 1504/13 oraz bezprawne unieważnienie postępowania z rażącym naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący odwołaniu KIO 1504/13, żądał odrzucenia oferty spółki ITco Sp.j., która zawierała błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić oraz odrzucenia oferty Marksoft w której zaoferowano płytę niezgodną z zapisami SIWZ, dokonania powtórnej oceny ofert, anulowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej ITco Sp.J., dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej odwołującego.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Odwołujący podniósł, że pomimo tego, żadne z wymienionych czynności nie zostało przez Zamawiającego wykonane pomimo prawnego obowiązku do wykonania z chwilą umorzenia odwołania przez KIO. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że postępowanie jest obarczone wadą w związku z wprowadzeniem w błąd wykonawców w sprawie wskazania w SIWZ niewłaściwej stawki podatku VAT. Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 186 ust. 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu: wykonania czynności wskazanych w odwołaniu do których był zobowiązany w związku z uwzględnieniem wniesionego odwołania, które zostało umorzone postanowieniem KIO, sygn. akt. KIO 1504/13, anulowanie decyzji o unieważnieniu postępowania.

W ocenie Odwołującego prowadzenie polemiki w sprawie prawidłowości naliczenia i zapisania wysokości stawki podatku VAT przez Zamawiającego jest bezprzedmiotowe, gdyż Odwołujący kwestię stawki podatku VAT podnosił w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą. Wskazał, że podniesiony zarzut w uwzględnionym odwołaniu pozwalał Zamawiającemu na przedstawienie przed KIO swojej argumentacji w sprawie stawki podatku VAT i to Krajowa Izba Odwoławcza była uprawniona do podjęcia decyzji w tej sprawie, a nie Zamawiający, który gdyby nie wniesione odwołanie podpisał by umowę z wykonawcą którego oferta podlegała odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający uwzględniając odwołanie działał z zamiarem obejścia

przepisów ustawy, wprowadzając przy tym w błąd KIO, która w wyniku uznania odwołania podjęła decyzję o umorzeniu postępowania.

Odwołujący argumentował, że podjęcie kolejnych czynności w prowadzonym postępowaniu przez Zamawiającego wymagało anulowania czynności wykonanych niezgodnie z ustawą. Zamawiający tych czynności nie wykonał, nie odrzucono ofert wskazanych w uwzględnionym odwołaniu. Zaniechanie tych czynności nie przeszkadzało w podjęciu kolejnej decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy wskazując na wadę postępowania. Odwołujący nie kwestionował prawa Zamawiającego do unieważnienia postępowania w okolicznościach innych niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy, gdyż taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie dawałaby Zamawiającemu prawa do unieważnienia.

Nie zgodził się z przedstawioną wykładnią o podatku VAT, podkreślając, że praktyka o stosowaniu zerowej stawki podatku VAT na sprzęt informatyczny jest w identyczny sposób stosowana przez Zamawiającego od kilku lat i nigdy nie było to kwestionowane.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu artykułu 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu, w przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, miałby możliwość uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania. Decyzja o unieważnieniu postępowania może zostać podjęta przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania – pod warunkiem, że spełnione są ustawowe przesłanki do dokonania unieważnienia. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie przesłanki te zostały spełnione.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wskazał, że przyczyną unieważnienia postępowania jest wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że Zamawiający wymagał podania przez wykonawców w złożonych przez nich ofertach, zastosowanej stawki podatku VAT. Postawienie takiego wymogu powoduje, że Zamawiający zobligowany jest do zbadania prawidłowości zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT.

Jednakże postawienie wykonawcom wymogu podania stawki podatku VAT, jednocześnie obliguje Zamawiającego do podania wykonawcom wszelkich informacji niezbędnych do ustalenia, jaka stawka podatku VAT powinna zostać zastosowana w odniesieniu do poszczególnych towarów lub usług, które składają się na przedmiot zamówienia. Informacje te powinny być zawarte w SIWZ i powinny pozwalać wykonawcom na dokonanie jednoznacznego wyboru odpowiedniej stawki podatku.

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie spełnił powyższych wymogów.

Przede wszystkim treść SIWZ i wyjaśnienia treści SIWZ, przekazane wykonawcom przez Zamawiającego, były ze sobą sprzeczne. Zgodnie z pkt. XIV.6 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zastosowali do całego zamówienia stawkę podatku VAT wynoszącą 23%. Jednocześnie w tym samym punkcie SIWZ Zamawiający jako podstawę zastosowania tej stawki podatku VAT, powołał art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy o podatku od towarów i usług. Tym samym już na etapie formułowania treści SIWZ Zamawiający popełnił błąd, polegający na wprowadzeniu zapisu, zawierającego wewnętrzną sprzeczność: Zamawiający z jednej strony postawił wymóg zastosowania stawki podatku VAT wynoszącej 23%, a z drugiej strony, jako podstawę zastosowania tej stawki podatku powołał przepis ustawy o podatku od towarów i usług dający podstawę do zastosowania (po spełnieniu wymienionych w ustawie warunków) obniżonej stawki podatku, wynoszącej 0%.

Jednocześnie podnieść należy, że Zamawiający w SIWZ nie podał wszystkich informacji, które są niezbędne do zastosowania przez wykonawców stawki podatku VAT wynoszącej 0%. Art. 83 ust. 1 pkt 26 oraz art. 83 ust. 13 - 15 ustawy o podatku od towarów i usług możliwość zastosowania tej stawki podatku VAT uzależniają m.in. od spełnienia następujących warunków:

- 1) Przedmiotem dostawy jest sprzęt komputerowy, wymieniony w załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług (przedmiot dostawy),
- 2) Dostawa przeznaczona jest dla placówki oświatowej (cel dostawy),
- 3) Dokonujący dostawy posiada stosowne zamówienie, potwierdzone przez organ nadzorujący daną placówkę oświatową.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie zawarł w SIWZ informacji dotyczących celu dostawy,

jak również nie zawarł informacji na temat posiadania przez siebie lub podmiot, do którego trafić miał zamawiany sprzęt komputerowy, statusu placówki oświatowej. Tymczasem możliwość zastosowania stawki podatku VAT wynoszącej 0% uzależniona jest od tego, aby dostawa nastąpiła na rzecz placówki oświatowej (w rozumieniu art. 43 ust. 9 ustawy o podatku od towarów i usług). Tych podstawowych informacji Zamawiający nie zawarł w SIWZ, wskutek czego wykonawcy nie otrzymali informacji, pozwalających im na zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT. Tym samym Zamawiający spowodował niejednoznaczność reguł sporządzania oferty. Należy podkreślić, że w sytuacji, gdy Zamawiający wymaga podania prawidłowej stawki podatku VAT, zobowiązany jest do określenia wszystkich danych w SIWZ, bowiem brak podania informacji, która ma wpływ na obliczenie stawki podatku VAT, powoduje brak możliwości skalkulowania ceny oferty. Co więcej, stawka VAT nie powinna ulegać zmianie na etapie realizacji zamówienia, zatem brak podania w SIWZ informacji co do celu i przeznaczenia oferowanego sprzętu powodowały niemożliwość jednoznacznego wskazania stawki podatku VAT. Zamawiający w SIWZ nie wskazał informacji, czy możliwe jest w tym konkretnym przypadku uzyskanie potwierdzenia od organu nadzorującego daną placówkę oświatową, które to potwierdzenie jest jednym z warunków możliwości zastosowania obniżonej stawki podatku VAT.

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest zobowiązany żądać wskazywania stawek podatku VAT. Zamawiający może żądać przedstawienia wyłącznie cen brutto, bowiem wyłącznie ceny brutto podlegają ocenie Zamawiającego. Stawkę podatku VAT wykonawca rozlicza samodzielnie na etapie realizacji zamówienia, przy dokonywaniu czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem VAT i wystawianiu faktur Zamawiającemu. Żądając jednak podania stawki podatku VAT w ofercie, Zamawiający jest zobowiązany do określenia wszelkich danych niezbędnych do jej obliczenia, łącznie (jak w niniejszym przypadku) z informacją, od której zależy potwierdzenie przez organ nadzorujący daną placówkę oświatową.

Wobec uznania prawidłowości decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, bezprzedmiotowe stało się rozpatrywanie przez Izbę zarzutów dotyczących niewykonania przez Zamawiającego postanowienia Izby w postępowaniu o sygn. akt KIO 1504/13.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....