

Sygn. akt: KIO 881/19

WYROK
z dnia 28 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2019 r. przez wykonawcę **M. S.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PWH WIP - M. S.-G., ul. Reymonta 23, 44-200 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Szkół Przemysłu Mody im. Bł. Matki Teresy z Kalkuty, ul. Adama Naruszewicza 35, 93-161 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Kombit Plus Sp. z o.o. Sp. k., ul. Migdałowa 60, 61-612 Poznań,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie ofert złożonych przez Kombit Plus sp. z o.o. sp.k oraz Desico Sp. z o.o.

2. kosztami postępowania obciąża Zespół Szkół Przemysłu Mody im. Bł. Matki Teresy z Kalkuty, ul. Adama Naruszewicza 35, 93-161 Łódź, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez M. S.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PWH WIP - M. S.-G., ul. Reymonta 23, 44-200 Rybnik tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Zespołu Szkół Przemysłu Mody im. Bł. Matki Teresy z Kalkuty, ul. Adama Naruszewicza 35, 93-161 Łódź na rzecz M. S.-G. prowadzącej

działalność gospodarczą pod nazwą PWH WIP - M. S.-G., ul. Reymonta 23, 44-200 Rybnik kwotę 11 250 zł (słownie: jedenaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt złotych), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą oraz biletem PKP.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zespół Szkół Przemysłu Mody - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu komputerowego i specjalistycznego oprogramowania komputerowego do Zespołu Szkół Przemysłu Mody w Łodzi, realizowana w ramach projektu nr RPLD.11.03.01-10-0016/18-00 pn. „Nowoczesne inspiracje”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej „Edukacja Kwalifikacje Umiejętności”, Działania XI. 3 Kształcenie zawodowe, Poddziałania XI.3.1 Kształcenie zawodowe - część I; Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29.03.2019r. pod nr 531274-N-2019.

W dniu 13 maja 2019r. Odwołujący - M. S.-G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PWH WIP - M. S.-G. wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

1. zaniechaniu wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty KOMBIT PLUS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „KOMBIT”) oraz DESICO sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „DESICO”), z uwagi na fakt, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty KOMBIT oraz DESICO, z uwagi na fakt, że oferta jest niezgodna z odrębnymi przepisami

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do badania cen ofertowych pod kątem ich poprawności, przez co Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty KOMBIT oraz DESICO, choć oferty te zawierają nieprawidłową stawkę podatku VAT 0%, czym naruszył uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 86 ust. 14 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej: „ustawa o VAT”) poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany badania ofert pod kątem ich zgodności z ustawą o VAT, przez co Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty KOMBIT oraz DESICO, choć oferty te zawierają nieprawidłową stawkę podatku VAT 0%, czym naruszył uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w części I z uwzględnieniem:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Części I,
2. odrzucenia ofert wykonawców KOMBIT oraz DESICO z uwagi na fakt, że oferty te zawierają błąd w obliczeniu ceny,
3. odrzucenia ofert wykonawców KOMBIT oraz DESICO z uwagi na fakt, że oferty te są niezgodne z ustawą o VAT.
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującej w ramach czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w Części I

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

W uzasadnieniu wskazał, że wykonawcy Kombit i Desico złożyli oferty z zastosowaniem preferencyjnej stawki po W treści odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zamawiający nigdzie nie określił, jaką stawkę podatku VAT należy przyjąć dla celów porównywania cen ofertowych. Zatem, to w gestii wykonawców leżało zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT. Pomimo otrzymania ofert z różnorodnie wskazaną stawką VAT, Zamawiający nie podjął żadnych czynności w celu weryfikacji i oceny, która oferta zawiera prawidłową stawkę podatku VAT, a która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Tymczasem, przepisy odrębne wskazują, że w odniesieniu do ofert wykonawców KOMBIT oraz DESICO doszło do złożenia ofert z błędem w cenie, zatem zastosowanie mają przepisy art. 89 ust. 1 pkt 6 i 8 ustawy Pzp. datku Vat, zaś Odwołujący zastosował podstawową stawkę podatku Vat 23%. Odwołująca podnosi, iż nie można pominąć brzmienia, zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o „cenie”, że należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915). Zgodnie z powyższym, „cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący (Zamawiający) jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy (Wykonawcy) za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym”. Istotna jest również ta okoliczność faktyczna, iż zgodnie z Rozdziałem XV. 'Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert', jednym z kryteriów oceny ofert była cena brutto za całość zamówienia, której Zamawiający nadał wagę 60%. Odwołujący stwierdził, że dostawca (wykonawca) stosuje stawkę podatku w wysokości 0% jedynie pod warunkiem posiadania stosownego zamówienia potwierdzonego przez organ nadzorujący daną placówkę zgodnie z odrębnymi przepisami (w tym przypadku byłaby to jest to decyzja -

oświadczenie woli wystawione przez Miasto Łódź). Warunkiem skutecznego zastosowania stawki VAT 0% jest otrzymanie przez Zamawiającego stosownego potwierdzenia, o którym mowa w zacytowanym wyżej art. 83 ust 13 i 14 ustawy o VAT. Jednak należy w tym przypadku wyraźnie podkreślić, iż tryb ten dotyczy etapu realizacji zamówienia, etapu dostawy i powstania obowiązku podatkowego, nie zaś etapu przedstawienia oferty w przypadku tak skonstruowanych warunków zamówienia publicznego. Zamawiający dopiero po podpisaniu umowy z wykonawcą - co dopiero będzie równoważne ze skutecznym udzieleniem wykonawcy zamówienia - będzie miał możliwość zwrócenia się do organu nadzorującego o wystawienie w/w potwierdzenia. Przy czym, zwrócenie się przez Zamawiającego do organu nadzorującego o wystawienie przedmiotowego potwierdzenia nie jest obligatoryjne. To Zamawiający każdorazowo decyduje, czy będzie ubiegał się w jednostce nadzorującej o takie potwierdzenie. Tymczasem, w SIWZ nie ma nawet wstępnej deklaracji, iż Zamawiający podejmie takie działania (lub posiada promesę takiego potwierdzenia). Dodatkowo, Odwołujący podkreśla, wniosek Zamawiającego rozpocząłby procedurę weryfikacji w organie nadzorującym, czy zwolnienie z VAT jest zasadne, a zatem wynik tej weryfikacji jest na etapie składania ofert, przy tak skonstruowanych warunkach postępowania, nieznanymi. Potwierdzeniem mającym formę zaświadczenia, organ nadzorujący Zespołu Szkół Przemysłu Mody w Łodzi, tj. Miasto Łódź, stwierdza, czy Zamawiający faktycznie jest placówką oświatową, czy dane zamówienie rzeczywiście dotyczy sprzętu komputerowego wyspecyfikowanego w treści Załącznika nr 8 do ustawy o podatku VAT, oraz czy zamówienie jest przeznaczone dla niego. Zatem przedmiotowe zaświadczenie jest niezbędnym dokumentem dla samego wykonawcy, aby on - jako dostawca - miał prawo skutecznie i zgodnie z przepisami skarbowymi określić swoje zobowiązanie podatkowe jako umożliwiające do zastosowania preferencyjnej stawki VAT 0%. Obecnie, tj. na etapie badania i oceny ofert, Zamawiający nie udzielił jeszcze zamówienia (nie podpisał umowy) ani nie wystąpił do Miasta Łódź z wnioskiem o potwierdzenie zamówienia, a tym bardziej wykonawcy KOMBIT oraz DES1CO nie dysponowali w dniu składania ofert ani nie dysponują obecnie stosownymi oświadczeniami o możliwości zastosowania 0% stawki podatku VAT, wystawionymi przez Miasto Łódź. Odwołujący przywołał także treść interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy o sygn. ITPP@/443-820/13/EB z dnia 7 listopada 2013r. oraz wskazał na orzeczenie SN o sygn. akt III CZP 53/11 z dnia 20 października 2011r. W podsumowaniu wskazał, że Zamawiający dopuścił się w tym postępowaniu rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w dwóch częściach; część I – dostawa sprzętu komputerowego, część II – dostawa specjalistycznego oprogramowania komputerowego. W rozdz. XIV SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający podał, że oferta musi obejmować cały zakres zamówienia, określony w rozdz. III SIWZ oraz załącznikach nr 6,5a, 5b oraz 7a, 7b do SIWZ. Cena ofertowa musi zawierać całość kosztów związanych z wykonaniem zamówienia z uwzględnieniem podatku Vat, jeżeli wykonawca jest jego płatnikiem. W zakresie części I zostało złożonych 5 ofert, z czego Zamawiający odrzucił 2 oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Oferty wykonawców Desico Sp. z o.o. Kombit Plus sp. z o.o. sp.k. zostały złożone z uwzględnieniem stawki podatku Vat w wysokości 0% oraz 23 % . Odwołujący zastosował do obliczenia ceny podstawową stawkę podatku VAT. W dniu 6 maja 2019r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kombit Plus sp. z o.o. Sp.k.

Zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 26 lit.a ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U 2018r, poz. 2174 ze zm.) - dalej ustawa o VAT - stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do dostaw sprzętu komputerowego dla placówek oświatowych - przy zachowaniu warunków, o których mowa w ust. 13-15. W świetle ust. 13-14 opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% podlegają towary wymienione w załączniku nr 8 do ustawy. Dokonujący dostawy, o której mowa w ust. 1 pkt 26, stosuje stawkę podatku 0%, pod warunkiem posiadania stosownego zamówienia potwierdzonego przez organ nadzorujący daną placówkę oświatową, zgodnie z odrębnymi przepisami - w przypadku dostawy, o której mowa w ust. 1 pkt 26 lit. a. Dostawca obowiązany jest przekazać kopię dokumentów, o których mowa w ust. 14 (zamówienie potwierdzone przez organ nadzorujący), do właściwego urzędu skarbowego. Warunkiem do zastosowania stawki preferencyjnej jest dostawa towaru, wymienionego w załączniku nr 8 do ustawy, który obejmuje: jednostki centralne komputerów, serwery, monitory, zestawy komputerów stacjonarnych, drukarki, skanery, urządzenia komputerowe do pism Braille'a, urządzenia do transmisji danych cyfrowych.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że oferty wykonawców Kombit oraz Desico obliczone z uwzględnieniem 0% stawki podatku Vat zawierają błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6Pzp.

Przywołane wyżej przepisy ustawy o VAT dopuszczają zastosowanie 0% stawki podatku do dostaw sprzętu komputerowego wymienionych w załączniku nr 8 do ustawy o VAT dla placówek oświatowych. Zastosowanie preferencyjnej stawki podatku Vat jest jednak możliwe pod warunkiem posiadania stosownego zamówienia potwierdzonego przez organ nadzorujący daną placówkę oświatową. Przy czym „posiadanie” należy rozumieć jako fizyczne posiadanie zamówienia przez podatnika, korzystającego z preferencyjnej stawki podatku Vat. Uzyskanie takiego potwierdzenia od organu nadzorującego dotyczy etapu dostawy a nie złożenia samej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej może wystąpić do organu nadzorującego o potwierdzenie zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie określił w SIWZ żadnych wymagań co do sposobu obliczenia ceny oferty, nie wskazał jaką stawkę należy przyjąć do porównania ofert, nie podał także czy zamierza wystąpić do organu nadzorującego o potwierdzenie zamówienia. Z tych względów należy uznać, że obowiązkiem wykonawców, składających oferty było podanie ceny z uwzględnieniem podstawowej stawki podatku Vat. Zgodzić należy się z Odwołującym, że ewentualne otrzymanie potwierdzenia jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym i na tym etapie postępowania, przy braku doprecyzowania w SIWZ kwestii związanych z zastosowanym podatkiem Vat, nie może być przez wykonawców uwzględnione.

Na dzień składania ofert obowiązującą stawką podatku Vat była stawka 23%, bowiem wykonawcy nie posiadali potwierdzonego przez organ nadzorujący stosownego zamówienia i taką stawkę podatku Vat winni przyjąć do kalkulacji swoich ofert.

Zamawiający, badając oferty ma obowiązek zweryfikować poprawność zastosowanej stawki podatku Vat, dzięki czemu zostaje zagwarantowana porównywalność ofert.

W zaistniałym stanie faktycznym adekwatna jest treść uchwały SN z dnia 20 października sygn. akt III CZP 53/11, zgodnie z którą jeżeli zamawiający opisując w siwz sposób obliczenia ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku Vat niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Błąd w przyjętej stawce podatku Vat jest błędem niepodlegającym poprawieniu i wywołującym skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy.

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, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt

2, § 3 i § 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. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: