

Sygn. akt: KIO 2294/14

WYROK
z dnia 25 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2014 r. przez wykonawcę **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie, ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecką Jednostkę Wdrażania Programów Unijnych w Warszawie, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Sun & More Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Rapackiego 8c, 71-467 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2294/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Sun & More Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz ponowne badanie i ocenę ofert

2.kosztami postępowania obciąża Mazowiecką Jednostkę Wdrażania Programów Unijnych w Warszawie, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie, ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od **Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych w Warszawie, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie, ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy 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 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 **Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na organizację projektu „Dobre praktyki dla młodzieży w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007-2013”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 sierpnia 2014 r., nr 2014/S 162-290673.

W dniu 22 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Sun & More Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, zwanego dalej „wykonawcą Sun & More”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 3 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 3 listopada 2014 r.) od otrzymanego rozstrzygnięcia, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Sun & More w sytuacji gdy oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny
2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego
3. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców
4. innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. odrzucenia oferty wykonawcy Sun & More i wykluczenia wykonawcy z postępowania
3. powtórzenia czynności oceny ofert z pominięciem oferty podlegającej odrzuceniu i wyboru oferty najkorzystniejszej pod kątem jednego kryterium ceny - oferty odwołującego

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający nie odrzucił oferty obarczonej błędem w postaci źle naliczonej stawki podatku VAT, czym naruszył przepis ustawy.

Na gruncie art. 36 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do określenia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny. Opis ten jest wiążący dla wykonawców. Jedynie oferty zawierające cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku wyboru oferty najkorzystniejszej. Tak więc w sytuacji, w której zamawiający żądał od wykonawców obliczenia ceny poprzez wskazanie w formularzy cenowym (załącznik nr 1 do SIWZ) w tabeli nr 1: wartości netto usługi reklamowo - promocyjnej (przeprowadzenie konkursu i zapewnienie materiałów promocyjnych), stawki podatku VAT za tę usługę, wartości podatku VAT oraz wartości usługi brutto oraz analogicznie dla usługi organizacji wycieczek (tabela nr 2, w tym transport, wyżywienie i ubezpieczenie), nie może budzić wątpliwości, że wskazanie stawki podatku VAT oraz odpowiadającej jej kwoty podatku mieściło się w sposobie obliczenia ceny. Niewątpliwie jest też to, że chodziło o podanie przez wykonawców nie jakichkolwiek stawek, ale stawek podatku VAT, a za takie mogą być uznane wyłącznie stawki wynikające z obowiązujących przepisów prawa na dzień upływu terminu składania ofert, stosowane do danego rodzaju towarów lub usług.

Suma dwu odrębnych usług (usługi przeprowadzenia konkursu i dostarczenia materiałów promocyjnych) oraz usługi turystycznej (przeprowadzenia 12 jednodniowych wycieczek szkolnych) miała dać cenę brutto całego zamówienia z przetargu.

O odrębności dwu części zamówienia stanowił dodatkowo wzorzec umowy, który oddzielnie wymieniał czynności z zakresu przeprowadzenia konkursu i reklamy (§1 ust.5 pkt. 1-9) oraz odrębnie czynności z zakresu organizacji wycieczek (§1 ust.6 pkt 1-16). Podział zamówienia na dwie odrębne i komplementarne części nie budził żadnych wątpliwości odwołującego, gdyż bardzo często w zamówieniach materiały promocyjne (tzw. gadżety reklamowe) stanowią odrębną część, a usługa turystyczna, czy niekiedy np. usługa konferencyjna stanowi drugą część. Samo rozróżnienie dwu usług wydawało się bardzo racjonalne. W razie braku takiego rozróżnienia i podania przez zamawiającego w SIWZ obowiązku podania wyłącznie ceny brutto, należy to podkreślić, cała usługa musiałaby być opodatkowana na zasadzie ogólnej, bo celem całości projektu, zgodnie z opisem SIWZ była prezentacja projektów zrealizowanych ze środków RPO woj. mazowieckiego i jego wpływu na życie mieszkańców, jako nagroda w konkursie filmowych. Celem strategicznym zamówienia, określonym przez zamawiającego, było zatem budowanie świadomości marki, a nie wycieczka rekreacyjna dla uczniów sama w sobie. Trudno sobie bowiem wyobrazić, że sam element projektu polegający na jednodniowych wycieczkach zdeterminowałby VAT na całe zamówienie, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że same wycieczki wybrany oferent oszacował na 100.320 zł, a konkurs i materiały promocyjne na 254.520 zł, a więc wartość znacznie wyższą.

Zastosowanie przez wykonawcę Sun & More nieprawidłowej stawki podatku VAT do tabeli nr 1 (usług promocyjnych i konkursowych), a konkretnie zastosowanie do usług reklamowych i promocyjnych stawki zarezerwowanej wyłącznie dla usługi stricte turystycznej, spowodowało obliczenie nieprawidłowej kwoty tego podatku, a w konsekwencji nieprawidłowej ceny brutto. Trzej pozostali oferenci, w tym odwołujący, zastosowali w tabeli nr 1 prawidłową stawkę 23% VAT. Jedynie oferta wykonawcy Sun & More obciążona była błędem w obliczeniu ceny. I nawet to nie skłoniło zamawiającego do podjęcia czynności ustalenia prawidłowej stawki VAT dla tej usługi.

Odwołujący zwrócił się do zamawiającego, przed wystąpieniem do KIO z wnioskiem o ponowną ocenę ofert, wskazując uchybienia. Jednak stanowisko zamawiającego było niezmiennie. Głównymi argumentami, którymi zamawiający uzasadniał utrzymanie swojej decyzji w mocy było to, że oferta wybranego wykonawcy jako jedyna mieściła się w kwocie, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Drugim argumentem było to, że wykonawca Sun & More po wezwaniu zamawiającego do wyjaśnienia zastosowanej stawki (jeszcze przed dokonaniem wyboru), podniósł, że zawarta w ustawie o turystyce definicja usługi turystycznej, określająca ową usługę jako w szczególności obejmującą: transport, zakwaterowanie, wyżywienie, ubezpieczenie (art. 119 ust 2 ustawy), poprzez użycie słowa „w szczególności” oznacza katalog otwarty. Niedopuszczalna jest jednak wykładnia rozszerzająca w przypadku wyjątkowych zasad naliczania podatku w przypadku usług turystycznych. Ustawodawca poprzez użycie słowa „w szczególności” miał bowiem na myśli usługi pokrewne, ściśle związane z usługą turystyczną podstawową, jak chociażby usługę przewodnika, pilota wycieczek, opiekuna (wymienione właśnie trafnie we wzorze umowy zamawiającego), ale na pewno nie każdą dowolną usługę. Rozumując *a contrario*, doszłoby do paradoksu, kiedy „przy okazji” jednodniowej wycieczki można by było, mając w PKD inne również działalności, sprzedać lub wylosować wśród uczestników samochód, tylko po to, aby skorzystać z preferencyjnej stawki podatku VAT.

W dniu 5 listopada 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę Sun & More do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 6 listopada 2014 r. (pismem z dnia 5 listopada 2014 r.) wykonawca Sun & More zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Fakt, że cena oferty odwołującego przewyższa wskazaną przez zamawiającego przed otwarciem ofert kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i związana z tym możliwość unieważnienia postępowania, nie stanowi o braku legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający unieważni bowiem postępowanie, o ile rzeczywiście budżet nie będzie mógł zostać i nie zostanie przez niego zwiększony, jednak w momencie orzekania w przedmiotowej sprawie jest to zdarzenie przyszłe i jedynie hipotetyczne.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał podania – zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ „Formularz oferty” - następujących informacji: „wartości netto PLN”, „stawki podatku VAT w %”, „wartości podatku VAT w PLN” oraz „wartości brutto PLN (kol. 3 + kol. 5)”.

Wykonawca Sun & More w kolumnie 4 „stawka podatku VAT w %” w tabeli nr 1, obejmującej „przeprowadzenie konkursu na najlepszy film” i „materiały promocyjne (zgodnie z punktem V.2.1.8) Załącznika nr 2 do SIWZ)” wpisał „VAT marża”.

Odwołujący zakwestionował powyższe, podnosząc m.in., iż wykonawca Sun & More podał nieprawidłową stawkę podatku VAT dla usługi reklamowo-promocyjnej, gdyż stawka podatku VAT dla tej usługi wynosi 23%.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający wymagał wskazania w tabeli 1 i 2 „Formularza oferty”, w kolumnie 4 „stawki podatku VAT w %”. Wykonawca zobowiązany był więc w tej kolumnie wpisać tylko i wyłącznie stawkę podatku VAT. Tymczasem wykonawca Sun & More w kolumnie tej wpisał „VAT marża”, co oznacza – co zresztą sam przystępujący (wykonawca Sun & More) przyznał na rozprawie – iż w kolumnie tej „wpisał sposób rozliczenia stawki podatku VAT przy stawce 23%”, a nie stawkę podatku VAT, której podania wymagał zamawiający. „VAT marża” nie jest bowiem stawką podatku VAT. Tak więc wykonawca ten nie wskazał wymaganej przez zamawiającego stawki podatku VAT tylko sposób rozliczenia podatku VAT. Błąd w określeniu prawidłowej stawki podatku VAT stanowi więc błąd w obliczeniu ceny i skutkować powinien odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie podał bowiem w treści SIWZ stawki podatku

VAT, która powinna być dla poszczególnych usług zastosowana, wykluczając trym samym możliwość poprawienia w tym zakresie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż przedmiot zamówienia wyceniany przez wykonawców w tabeli nr 1 i 2 „Formularza oferty” stanowi typowy przykład świadczenia złożonego składającego się z dwóch świadczeń opodatkowanych różnymi stawkami podatku VAT. Ocena skutków podatkowych świadczenia złożonego z dwóch świadczeń zależała zatem od ustalenia czy mamy do czynienia z relacją świadczenia głównego i świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń. Jeżeli bowiem świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. W tym konkretnym stanie faktycznym analiza opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że nie występuje w nim świadczenie główne, któremu można byłoby przypisać status świadczenia dominującego względem świadczeń pomocniczych. Charakter samoistny może mieć zarówno usługa turystyczna, jak i usługa reklamowo-promocyjna. Zatem świadczenia te, w aspekcie ekonomicznym, teoretycznie mogłyby być zlecone samodzielnie i mogłyby zostać zrealizowane niezależnie. Świadczenia te nie są więc świadczeniami tak ściśle powiązаныmi, aby ich ewentualne wyodrębnienie, jako niezależnych od siebie czynności, miało charakter sztuczny. Tak więc – jak wykazał to odwołujący – do usługi reklamowo-promocyjnej winna być zastosowana stawka podatku VAT 23%. Dlatego też stwierdzić należy, iż zarzut odwołującego potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, nie uwzględniając kosztów dojazdu odwołującego na posiedzenie Izby z uwagi na to, że przedłożony przez odwołującego paragon zakupu paliwa na kwotę 320,01 zł został wystawiony na podmiot niebędący stroną postępowania w sprawie, a mianowicie firmę GANDALF TRAVEL Agnieszka Gałkiewicz z siedzibą w Rzgowie.

Przewodniczący: