

Sygn. akt: KIO/2437/10

WYROK

z dnia 23 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 listopada 2010 roku przez **Katarzynę Bednarską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PPHU Struś Malborski Katarzyna Bednarska, Żuławka Sztumska 68, 82-440 Dzierzgoń** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Miasto i Gminę Sztum, ul. Mickiewicza 39, 82-400 Sztum**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Katarzynę Bednarską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PPHU Struś Malborski Katarzyna Bednarska, Żuławka Sztumska 68, 82-440 Dzierzgoń** i do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Katarzynę Bednarską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PPHU Struś Malborski Katarzyna Bednarska, Żuławka Sztumska 68, 82-440 Dzierzgoń.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Organizacja kampanii promocyjnej ryb i produktów rybnych w Sztumie - A gdyby tak ryby!!! Piknik w Sztumie” zostało wszczęte przez Miasto i Gminę Sztum, zwane dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (289009-2010) w dniu 15 października 2010 r.

W dniu 4 listopada 2010 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 8 listopada 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Katarzynę Bednarską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PPHU Struś Malborski Katarzyna Bednarska, zwaną dalej Odwołującym.

W dniu 16 listopada 2010 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska Stron.

Stanowisko Odwołującego – Katarzyny Bednarskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU Struś Malborski Katarzyna Bednarska:

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6) oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz zaniechaniu wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, a w szczególności odrzucenia oferty Odwołującego

oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a następnie dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Mając na celu uzasadnienie podniesionych przez siebie zarzutów, Odwołujący podnosił, iż zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zobowiązany był złożyć wraz ofertą formularz cenowy posiadający 17 głównych pozycji. Dla każdej pozycji, jak i składającej się na nie podpozycji, tegoż formularza zobowiązany był podać koszt jednostkowy, cenę netto, stawkę VAT oraz cenę brutto. Wskazywał, że Zamawiający w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnił, iż Wykonawcy zobowiązani są zastosować stawkę VAT zgodną z obowiązującymi przepisami.

Odwołujący wyjaśniał, że wypełniając odpowiednio pozycję 1 (wynajem kabin sanitarnych), 2 (ubezpieczenie imprezy), 3a (wynajem karetki z ekipą ratowniczą) oraz 7a (wywóz odpadów komunalnych), określił, jako właściwą dla nich, stawkę 22% podatku VAT. Jednocześnie załączył do oferty oświadczenie, w którym informował Zamawiającego, iż w tych przypadkach planuje zastosować marżę handlową.

Zamawiający w trakcie badania złożonej przez Odwołującego oferty uznał, iż błędnie podał stawkę podatku VAT w powołanych pozycjach, wskazując jednocześnie, iż w przypadku pozycji 1 i 7a właściwa jest stawka 7%, zaś usługi wskazane w pozycjach 2 i 3a objęte są zwolnieniem z podatku VAT.

Odwołujący podnosił, iż argumentacja Zamawiającego jest błędna. Wykazywał, iż wyliczenie ceny dokonane przez niego jest prawidłowe, a stawki podatku VAT zgodne z przepisami prawa. Wykazywał, iż ma to związek przede wszystkim ze sposobem realizacji zamówienia. Odwołujący będzie bowiem korzystał z usług innych podmiotów we wskazanych zakresach, z uwagi na fakt, iż nie prowadzi on działalności w zakresie usług ujętych w powołanych pozycjach formularza cenowego. Wskazywał, iż wykonywanie tych usług wymaga odpowiednich zezwoleń i tylko podmioty prowadzące działalność w danym zakresie mogą posługiwać się stawkami podatku od towarów i usług w wysokości innej niż podstawowa. Dlatego też Odwołujący otrzyma od współpracujących z nim podmiotów odpowiedzialnych za wywóz odpadów, wynajem kabin sanitarnych, transport medyczny oraz ubezpieczenie imprezy faktury, gdzie zastosowana zostanie stawka podatku VAT inna niż podstawowa tj. 22%. Natomiast sam Odwołujący świadczy usługę o większym zakresie skomplikowania, gdzie wymienione czynności są jedynie składową. Dodatkowo na czynności te Odwołujący naliczy marżę. W tej sytuacji, w ocenie Odwołującego, nie jest on uprawniony do wystawienia faktury ze stawką inną niż podstawowa dla wskazanych czynności.

Oświadczył on, iż świadomie zastosował stawki podatku VAT od każdej z wymienionych w formularzu cenowym. Dlatego też nie można mówić w tym przypadku o omyłce, czy ewentualnym błędzie w obliczeniu ceny.

Odwołujący wykazywał, iż przy sprzedaży powołanych usług z uwzględnieniem odpowiedniej marży handlowej nie jest możliwe tzw. refakturowanie.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący twierdził, iż to on, jako podatnik, ponosi pełną odpowiedzialność względem organów kontroli skarbowej. Dlatego też Zamawiający powinien oprzeć się na wyliczeniach Wykonawcy i uznać jego doświadczenie w kwestii ustalania poprawnych stawek podatku VAT.

Stanowisko Zamawiającego – Miasta i Gminy Sztum:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Katarzynę Bednarską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PPHU Struś Malborski Katarzyna Bednarska w odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, wyjaśniał, że w jego ocenie Odwołujący powinien zastosować stawki podatku VAT wynikające z ustawy. W jego ocenie, ustawa o podatku od towarów i usług uzależnia stosowanie odpowiedniej stawki, nie od stosowania marży handlowej, jak chce tego Odwołujący, ale od przedmiotu sprzedaży. Wykazywał, iż jeśliby przyjąć stanowisko Odwołującego za prawidłowe, zróżnicowanie stawek podatku VAT straciłoby jakiegokolwiek znaczenie, albowiem tylko sprzedaż w cenie kosztów mogłaby być zróżnicowana na zasadach ustawy, a jakiegokolwiek zysk doliczany do sprzedaży rodziłyby obowiązek stosowania stawki podstawowej 22%.

Zamawiający potwierdzał, iż ustalenie stawki podatku VAT jest obowiązkiem Wykonawcy. Stwierdzał jednocześnie, iż tak ustalona stawka podatku VAT podlega sprawdzeniu przez niego w procesie badania ofert, wobec ustawowego obowiązku ciążącego na Zamawiającym odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny, w tym także z błędnie obliczonym podatkiem VAT.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie, jak też ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba, działając na podstawie § 21 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280), rozpoznała odwołanie pomimo niestawiennictwa Zamawiającego, uznając na podstawie akt sprawy, iż został on prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, Izba ustaliła, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w pkt III.2 SIWZ, zamknął ogół usług składających się na cały przedmiot zamówienia w 17 zbiorczych pozycjach. Zapisy te zostały powtórzone w § 2 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Analogiczne, odpowiadające powołanym zapisom opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy, 17 pozycji opisujących usługi składające się na cały przedmiot zamówienia Zamawiający zawarł w załączniku nr 1 do SIWZ – formularzu cenowym. Wykonawcy składając ofertę, przedstawiali wraz z nią uzupełniony formularz cenowy podając odpowiednio dla każdej z 17 pozycji (w poszczególnych przypadkach, również dla każdej podpozycji) koszt jednostkowy, cenę netto, stawkę VAT oraz cenę brutto. Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, którą powinni zastosować Wykonawcy obliczając cenę oferty. Odpowiadając na pytania Wykonawców, w piśmie z dnia 21 października 2010 r. wyjaśnił

jedynie, że Wykonawca winien zastosować stawki VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa dotyczącymi podatku VAT. Dopuszczył jednocześnie możliwość wystawienia faktury VAT, która wyszczególniała będzie wszystkie pozycje formularza cenowego, a co za tym idzie różne stawki podatku VAT.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący wraz ofertą przedłożył uzupełniony formularz cenowy, w którym jako właściwą stawkę podatku VAT określił, odpowiednio w każdej z podpozycji składających się na pozycję 16, jako właściwą stawkę podatku VAT – 7%. W pozostałych pozycjach tego formularza wskazał stawkę podstawową – 22%. Załączył jednocześnie do oferty oświadczenie, iż stawka podatku VAT w pozycjach 1, 2, 3a i 7a została zastosowana zgodnie z obowiązującymi przepisami. Planuje on bowiem zastosować marżę handlową, w związku z tym właściwe jest zastosowanie podstawowej stawki VAT 22%.

Zamawiający w trakcie badania złożonej przez Odwołującego oferty uznał, iż błędnie podał stawkę podatku VAT w powołanych pozycjach, wskazując jednocześnie, iż w przypadku pozycji 1 i 7a właściwa jest stawka 7%, zaś usługi wskazane w pozycjach 2 i 3a objęte są zwolnieniem z podatku VAT. Na uzasadnienie czego przywołał postanowienia załączników 3 i 4 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54 poz. 535 z późn. zm.). Argumentację tę powtórzył w odpowiedzi na odwołanie. Podnosił on ponadto, że zastosowanie odpowiedniej stawki podatku VAT uzależnione jest od przedmiotu sprzedaży.

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do sprawdzenia prawidłowości zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez cenę należy rozumieć pojęcie ceny zdefiniowane w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r., Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.). Zgodnie z powołanym przepisem ceną jest „wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym”. Tym samym cena, w rozumieniu ustawy Pzp uwzględnia podatek VAT. Dlatego też określenie odpowiedniej stawki tego podatku ma bezpośrednie przełożenie na wysokość ceny – obliczenie jej prawidłowej wysokości. W ocenie Izby, określenie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi istotny błąd Wykonawcy, co do ustalenia stanu faktycznego i prawnego mającego wpływ na treść oferty. Błąd ten wyraża się przyjęciem nieprawidłowo ustalonego elementu mającego wpływ

na obliczenie ceny. Powoduje to, iż w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny, przejawiające się wskazaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, powinna zostać odrzucona. Podobnie Izba rozstrzygała m.in. w sprawach o sygnaturach akt: KIO/UZP 631/09, KIO/UZP 681/09, KIO/UZP 1771/09, KIO/275/10, KIO/UZP 329/10. Stanowisko to zostało potwierdzone wyrokami sądów okręgowych (m.in. wyrok SO w Poznaniu z 20.09.2005 r., sygn. akt II Ca 1063/05, wyrok SO w Poznaniu z 09.06.2006 r., sygn. akt II Ca 642/06, wyrok SO w Warszawie z 20.06.2005 r., sygn. akt V Ca 634/05; wyrok SO w Gliwicach z 12.09.2008 r., sygn. akt X Ga 101/108), jak również w poglądach doktryny – „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., pod. red. J. Sadowego, Prezesa UZP, str. 118.

Izba, uwzględniając powyższe, uznała, iż w rozpatrywanej sprawie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, bowiem to on wywodził skutki prawne z przywoływanych przez siebie twierdzeń. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów, a tym samym nie wykazał, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa jest on uprawniony do zastosowania, w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie, stawki innej niż wskazana przez Zamawiającego. Swoją argumentację oparł jedynie na własnych oświadczeniach. Istotnym dla rozstrzygnięcia jest, iż Odwołujący potwierdził de facto twierdzenia Zamawiającego, iż usługi wskazane w pozycjach 1, 2, 3a i 7a są objęte stawką inną niż podstawowa. Ponadto nie zastosował on dla całego przedmiotu zamówienia, jako kompleksu czynności, jednolitej stawki podatku VAT, wprowadzając rozróżnienie w przypadku poszczególnych czynności wyszczególnionych w formularzu cenowym. Powoduje to, w ocenie Izby, iż Odwołujący powinien wykazać, że w tym konkretnym przypadku, w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie, istniały przesłanki ku temu, aby zastosować stawki podatku VAT wskazane w formularzu cenowym. Tym samym, że jest on uprawniony do zastosowania, w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie, stawki innej niż wskazana przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Uwzględniając powyższe Izba stoi na stanowisku, iż Odwołujący nie podważył w sposób skuteczny twierdzeń strony przeciwnej. A tym samym nie wykazał, iż zarzuty przez niego podnoszone są zasadne.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący:

.....