

Sygn. akt: KIO 2699/10

**WYROK**

**z dnia 28 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska

**Członkowie:** Piotr Kozłowski

Renata Tubisz

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 grudnia 2010 r. przez **Ebsco Sp. z o.o. ul. Krakowskie Przedmieście 79, 00-079 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu al. Niepodległości 10, 6-875 Poznań,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Ebsco Sp. z o.o. ul. Krakowskie Przedmieście 79, 00-079 Warszawa** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Ebsco Sp. z o.o. ul. Krakowskie Przedmieście 79, 00-079 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

- 2) dokonać wpłaty kwoty **127 zł 50 gr** (słownie: sto dwadzieścia siedem złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Ebsco Sp. z o.o. ul. Krakowskie Przedmieście 79, 00-079 Warszawa** na rzecz **Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu, al. Niepodległości 10, 6-875 Poznań**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy dostępnych w prenumeracie czasopism zagranicznych dla UEP w 2011 r.” o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod nr 303311-2010 w dniu 27 października 2010 r.

W dniu 9 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez ABE Marketing sp. z o.o. oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89. ust. 1 pkt. 2 Pzp ofert złożonych przez Ars Polona S.A. i Ebsco sp. z o.o.

Odwołujący, Ebsco Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego ze względu na błędne przyjęcie, iż oferta zawiera błędną stawkę podatku VAT w odniesieniu do 6 pozycji zamówionych czasopism (z poz. 26, 32, 79, 151, 152, 159, 196).

Odwołujący wniósł o uznanie za nieważną czynności odrzucenia oferty odwołującego, uznanie za nieważną czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego i uwzględnieniem konieczności odrzucenia ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu złożone zostały 3 oferty, w tym oferta odwołującego. Zamawiający otrzymał oferty niemożliwe do porównania, gdyż stawka podatku VAT od niektórych pozycji czasopism przez niektórych wykonawców została określona w wysokości obniżonej, a przez innych w wysokości podstawowej.

Odwołujący podniósł, iż oferta odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i brak jest podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nawet gdyby odwołujący błędnie określił stawkę podatku VAT to nie stanowiłoby to niezgodności treści oferty z treścią siwz. W siwz nie było żadnych wskazań odnośnie stawek podatku VAT. Zdaniem odwołującego, zamawiający odrzucając jego ofertę naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp przyjmując, że oferta Ebsco sp. z o.o. zawiera błędy w stawce podatku VAT w pozycjach: 32 (odwołujący przyjął stawkę 22%, a wg zamawiającego

powinno być 0% ), 26, 79, 151, 152, 159, 196 (odwołujący przyjął stawkę 22%, a wg zamawiającego powinno być 7%) oraz przyjmując jako prawidłową dla czasopisma w poz. 32 wykazu stanowiącego załącznik do siwz ("Current Statistical Survey") stawkę VAT 0% i dla czasopism "CAPITAL" (poz. 26 wykazu); "Handelszeitung" (poz. 79 wykazu), "Kommersant-Dengi" (poz. 151 wykazu); "Kompanion" (UA) (poz. 152 wykazu); "Management and Gouvernance. Enterprises-Teritoires-Societes" (poz. 159 wykazu); Quo-Spanish Edition (poz. 196 wykazu) stawkę 7 % VAT. Odrzucenie jego oferty jest bezzasadne, a przyjęcie przez zamawiającego jako prawidłowej dla czasopisma w poz. 32 stawki VAT 0% oraz dla czasopism poz. 26, 79, 151, 152, 159, 196 wykazu stawki 7 % VAT jest błędne i niezgodne z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz przepisami rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz Dyrektywy Rady 2007/75/WE z dn. 20.12.2007 r.

Odwołujący wskazał, że co do zasady w odniesieniu do towarów i usług podstawowa stawka podatku VAT - na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy - wynosi 22% z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1, jednakże zarówno w treści ustawy, jak i przepisów wykonawczych, ustawodawca przewidział opodatkowanie niektórych czynności stawkami obniżonymi oraz zwolnienie od podatku.

Zdaniem odwołującego, w myśl art. 41 ust. 2 w związku z poz. 48, 49 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 7% podlegają książki (oznaczone stosowanymi na podstawie odrębnych przepisów symbolami ISBN), nuty, mapy - wytwarzane metodami poligraficznymi, z wyłączeniem: książek adresowych o zasięgu krajowym, regionalnym i lokalnym; książek telefonicznych, teleksów i telefaksów (PKWiU 22.11.20-60.10) i ulotek. Opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 7% podlegają również gazety, magazyny, czasopisma - oznaczone stosowanymi na podstawie odrębnych przepisów symbolami ISSN, wytwarzane metodami poligraficznymi, z wyłączeniem: wydawnictw, w których nie mniej niż 67% powierzchni jest przeznaczona na nieodpłatne lub odpłatne ogłoszenia handlowe, reklamy lub teksty reklamowe

W myśl art. 41 ust. 16 ww. ustawy, Minister właściwy do spraw finansów publicznych, w drodze rozporządzenia, może obniżać stawki podatku do wysokości 0%, 3% lub 7% dla dostaw niektórych towarów i świadczenia niektórych usług albo dla części tych dostaw lub części świadczenia usług oraz określać warunki stosowania obniżonych stawek, uwzględniając: specyfikę obrotu niektórymi towarami i świadczenia niektórych usług, przebieg realizacji budżetu państwa, przepisy Wspólnoty Europejskiej.

Stosownie do treści § 39 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2009r. Nr 224, poz. 1799 ze zm.) w okresie do dnia 31 grudnia 2010r.

obniżoną do wysokości 0% stawkę podatku stosuje się również do dostaw w kraju i wewnątrz wspólnotowego nabycia:

1. książek (PKWiU ex 22.11) - z wyłączeniem książek adresowych o zasięgu krajowym, regionalnym i lokalnym, książek telefonicznych, teleksów i telefaksów (PKWiU 22.11.20 - 60.10), nut, map i ulotek - oznaczonych stosowanymi na podstawie odrębnych przepisów symbolami ISBN,

2. czasopism specjalistycznych.

Zgodnie z § 39 ust 2, przez czasopisma specjalistyczne., o których mowa powyżej należy rozumieć wydawnictwa periodyczne oznaczone symbolem ISSN, objęte kodem PKWiU 22.13 i CN 4902 (kod Nomenklatury Scalonej), o tematyce szeroko pojętych zagadnień odnoszących się do działalności kulturalnej i twórczej, edukacyjnej, naukowej i popularnonaukowej, społecznej, zawodowej i metodycznej, regionalnej i lokalnej, a także przeznaczone dla osób niewidomych i niedowidzących, publikowane nie częściej niż raz w tygodniu w postaci odrębnych zeszytów (numerów) objętych wspólnym tytułem, których zakończenia nie przewiduje się, ukazujące się na ogół w regularnych odstępach czasu w nakładzie nie wyższym niż 15.000 egzemplarzy, z wyjątkiem:

1. periodyków o treści ogólnej, stanowiących podstawowe źródło informacji bieżącej o aktualnych wydarzeniach krajowych i zagranicznych, przeznaczonych dla szerokiego kręgu czytelników;
2. publikacji zawierających treści pornograficzne, publikacji zawierających treści nawołujące do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość lub znieważające z tych powodów grupę ludności lub poszczególne osoby oraz publikacji propagujących ustroje totalitarne;
3. wydawnictw, w których co najmniej 33% powierzchni jest przeznaczone nieodpłatnie lub odpłatnie na ogłoszenia handlowe, reklamy lub teksty reklamowe, w szczególności czasopism informacyjno-reklamowych, reklamowych, folderów i katalogów reklamowych;
4. wydawnictw, które zawierają głównie kompletną powieść, opowiadanie lub inne dzieło w formie tekstu ilustrowanego lub nie, albo w formie rysunków opatrzonych opisem lub nie;
5. publikacji, w których więcej niż 20% powierzchni jest przeznaczone na krzyżówki, kryptogramy, zagadki oraz inne gry słowne lub rysunkowe;
6. publikacji zawierających informacje popularne, w szczególności porady, informacje o znanych i sławnych postaciach z życia publicznego;
7. czasopism, na których nie zostanie uwidoczniona wysokość nakładu.

W świetle wskazanych powyżej przepisów jedną z koniecznych przesłanek zastosowania jakiegokolwiek obniżki podatku VAT w odniesieniu do czasopism drukowanych (w oparciu o art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług) jak i czasopism specjalistycznych (w oparciu o ww. rozporządzenie w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług) jest posiadanie przez dane czasopismo nadanego numeru ISSN, o czym ww. ustawa i rozporządzenie stanowią wprost.

Zamawiający niewątpliwie posiadał wiedzę, że czasopisma wyszczególnione w jego wykazie pod poz. 32, 26, 79, 151, 152, 159, 196 nie posiadają numeru ISSN. Potwierdza to treść wykazu czasopism załączonego do siwz, gdzie te pozycje w kolumnie C - „ISSN” - zawierają puste rubryki. Zatem nie było podstaw, aby odwołujący mógł zastosować dla ww. czasopism obniżone stawki podatku VAT.

Na marginesie odwołujący wskazał, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest obciążona istotnymi błędami w zakresie obliczenia ceny. W szczególności dotyczy to objęcia obniżonymi stawkami podatku czasopism wyszczególnionych w wykazie pod poz. 32, 26, 79, 151, 152, 159, 196. Dodatkowo w pkt. 8.2 siwz zamawiający określił wprost, że jest członkiem konsorcjum Elseviera i z tego tytułu przysługują mu w prenumeracie czasopism drukowanych ceny DDP. Należy więc uznać, że zamawiający a contrario wskazał, że nie przysługują mu w prenumeracie zniżki (ceny DDP) u innych wydawców niż Elsevier. Tymczasem ABE Marketing w odniesieniu do pozycji wydawanych przez "Springer" (poz.54, 59, 66, 97, 129, etc.) zaoferował również ceny DDP, co wpłynęło na określenie ceny w sposób błędny i zaniżony.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Wartość przedmiotowego zamówienia została przez zamawiającego ustalona na kwotę 680 000,00 zł, co stanowi równowartość 177 129 euro,

tj. kwotę, która jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie przepisów wydanych w oparciu o art. 11 ust. 8 Pzp.

Z uwagi na powyższe, stosownie do brzmienia art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp w przedmiotowym postępowaniu odwołującemu przysługuje odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów dotyczących czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Wskazać przy tym należy, że zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności do której jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które stosownie do art. 180 ust. 2 nie przysługuje odwołanie. W przypadku uznania zasadności przekazanej przez wykonawcę informacji zamawiający ma obowiązek powtórzyć czynność lub dokonać czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Jednak odwołanie nie przysługuje wobec tych czynności z zastrzeżeniem art. 180 ust. 2 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący nie przedstawił zamawiającemu informacji na podstawie art. 181 ust. 2 Pzp w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Podniósł je „na marginesie” w odwołaniu. Zarówno wobec zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego, jak i zarzutów podniesionych na marginesie zamawiający, zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie, podtrzymał swoją decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego.

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności dokonała oceny kwestii posiadania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, stosownie do wymogów określonych w art. 179 ust. 1 Pzp. Izba badała legitymację odwołującego do wniesienia odwołania wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu stosownie do brzmienia art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp, a zatem wyłącznie w odniesieniu do kwestionowania czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łącznie spełnienie następujących przesłanek: (1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł

lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Dwie spośród złożonych ofert, w tym oferta odwołującego, zostały odrzucone.

Zamawiający przyjął w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dwa kryteria oceny ofert: cena oraz dodatkowe świadczenia. Izba ustaliła, że zamawiający określając te kryteria w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w BZP podał inną wagę poszczególnych kryteriów (cena 80%, świadczenia dodatkowe 20%) w porównaniu do treści ogłoszenia zamieszczonego na stronie internetowej i w siwz (cena 70%, świadczenia dodatkowe 20%), co stanowi wzajemną niezgodność postanowień ww. ogłoszeń i siwz w omawianym zakresie. Zważywszy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Izba nie orzekła co do niezachowania jednolitości określenia kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, gdyż takie zarzuty nie zostały podniesione w odwołaniu.

W toku postępowania zamawiający wyjaśnił, iż dokonał oceny ofert według kryteriów, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż wszystkie trzy oferty uzyskałyby taką samą liczbę punktów w kryterium „świadczenia dodatkowe”, w związku z zaoferowaniem wszystkich możliwych świadczeń dodatkowych opisanych przez zamawiającego, a zatem w przedmiotowym postępowaniu istotne znaczenie dla oceny ofert miało faktycznie wyłącznie kryterium „cena”. Odwołujący nie przeczył powyższym okolicznościom.



Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że w związku z zaferowaniem przez odwołującego ceny najwyższej spośród trzech ofert (171 985,08 euro, co stanowi równowartość kwoty 675 763,77 zł według kursu euro z dnia 22 listopada 2010 r.), tj. ceny o ponad 100 000,00 zł wyższej od ceny oferty, wybranej jako najkorzystniejsza, odwołujący nawet w przypadku przywrócenia złożonej przez niego oferty do postępowania nie ma szansy uzyskania zamówienia. Przywrócenie oferty złożonej przez odwołującego do postępowania i powtórzenie oceny ofert z udziałem oferty odwołującego nie wpłynie na zmianę wyniku postępowania.

Stosownie do brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp w związku z art. 2 pkt 11 Pzp Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia - odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę i ubiegał się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał jednak, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu w wyniku dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący wskazywał, iż szkodę w jego przypadku stanowić będzie utrata zysku na skutek nieuzyskania zamówienia. Jak ustalono jednak w toku postępowania, odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, ponieważ zgodnie z kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego nie może zostać uznana za najkorzystniejszą w wyniku jej przywrócenia do postępowania. W tych okolicznościach wykazywana przez odwołującego szkoda nie jest normalnym następstwem naruszenia przepisów Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego. Nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, odwołujący nie uzyska zamówienia. Zauważyć należy, że wykazanie przez odwołującego możliwości poniesienia wskazanej przez niego szkody jest możliwe wyłącznie w adekwatnym związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w wyniku wyboru oferty złożonej przez AMB Marketing S.A. W tym jednak zakresie, jak już wskazano powyżej, odwołujący nie może podnosić zarzutów, gdyż stosownie do art. 180 ust. 2 Pzp odwołanie mu nie przysługuje.

Ponieważ odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp, uzasadnione i konieczne jest oddalenie odwołania.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....