Sygn. akt: KIO 2882/20

WYROK

z dnia 27 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2020 r.
przez wykonawcę **A. B. prowadzącą Gospodarstwo Rolne A. B. z siedzibą w Błaszkach**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Areszt Śledczy w Poznaniu**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **A. B. prowadzącą Gospodarstwo Rolne A. B. z siedzibą w Błaszkach** i zalicza
   w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **A. B. prowadzącą Gospodarstwo Rolne A. B. z siedzibą w Błaszkach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Poznaniu.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2882/20

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

Areszt Śledczy w Poznaniu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa ziemniaków, warzyw, owoców, grochu i fasoli do Aresztu Śledczego w Poznaniu* w podziale na dwie części: *część I - Dostawa ziemniaków, warzyw i owoców do Aresztu Śledczego w Poznaniu, część II - Dostawa grochu i fasoli do Aresztu Śledczego w Poznaniu.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 października 2020 r. pod numerem 594288-N-2020.

W dniu 4 listopada 2020 r. wykonawca A. B. prowadząca Gospodarstwo Rolne A. B. z siedzibą w Błaszkach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części I zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gospodarstwo Ogrodnicze Z. K. z siedzibą w Choceniu, dalej „Z. K.”, mimo że wykonawca ten w swojej ofercie wskazał błędną stawkę podatku VAT tj. 7%, zamiast prawidłowej 5%, ewentualnie jeżeli miało to miejsce, określeniu, że jest podmiotem zwolnionym z VAT na podstawie odrębnych przepisów, ewentualnie naruszenie również art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp, jeżeli ww. błąd Zamawiający potraktował jako omyłkę i dokonał niedopuszczalnej poprawy oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie części I zamówienia: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy Z. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na błąd w obliczeniu ceny oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że oferta Z. K. zawiera błąd w obliczeniu ceny, bowiem w miejscu dotyczącym stawki VAT wskazał stawkę 7%, a aktualnie stawka VAT na warzywa i owoce wynosi 5%. Jeżeli natomiast wykonawca jest tzw. rolnikiem ryczałtowym i na podstawie odrębnych przepisów jest zwolniony z podatku VAT, mógł zamieścić taką informację. Wykonawca wpisał, jak mniemał Odwołujący, wysokość stawki ryczałtowej 7%, którą może odzyskać zamawiający na podstawie wystawionej faktury RR. Bez względu na intencję wykonawcy, do obliczenia ceny użył on nieistniejącej 7% stawki podatku VAT. Błędna stawka podatku VAT podana w ofercie przez wykonawcę skutkuje jej odrzuceniem. Nie bez znaczenia jest to, że Zamawiający nie podał w SIWZ obowiązującej stawki VAT. Okoliczność ta wyklucza możliwość potraktowania tego błędu jako omyłki. Zastosowanie nieistniejącej stawki podatku VAT należy uznać za błąd który powinien prowadzić do odrzucenia oferty bez możliwości jej konwalidacji. Odwołujący przywołał wyroki Izby o sygn. akt KIO 2271/15, KIO 1205/19, KIO 672/20 oraz KIO 677/20.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 10 listopada 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości i wskazując, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób prawidłowy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę Z. K. prowadzącego Gospodarstwo Ogrodnicze Z. K. z siedzibą w Choceniu, informacji

o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 listopada 2020 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z wydruków z wyszukiwarki PKWiU dotyczących elementów objętych przedmiotem zamówienia oraz z formularza ofertowego wykonawcy Z. K. złożonego w innym postępowaniu. Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Po pierwsze, formularz ofertowy dotyczy innego postepowania, a Odwołujący nie wskazał nawet jakie były wymagania w tymże postępowaniu. Zaś dane z wyszukiwarki dotyczą ogólnych twierdzeń, których nie można odnieść do przedmiotowego postępowania, gdyż nie uwzględniają okoliczności, że wykonawca może być rolnikiem ryczałtowym.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa ziemniaków, warzyw, owoców, grochu i fasoli do Aresztu Śledczego w Poznaniu w podziale na dwie części: część I - Dostawaziemniaków, warzyw i owoców do Aresztu Śledczego w Poznaniu, część II - Dostawa grochu i fasoli do Aresztu Śledczego w Poznaniu.

Zgodnie z §13 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”*cena ofertowa za wykonanie zamówienia podana w ofercie musi być ceną brutto (razem z podatkiem VAT), chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w § 14 ust. 7 SIWZ. Wykonawcy zobowiązani są do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia. Przez cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia należy 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.*

Zgodnie z §14 ust. 7 SIWZ*Jeżeli w postępowaniu złożona będzie oferta, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. W takim przypadku Wykonawca, składając ofertę, jest zobligowany poinformować Zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru, których dostawa będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Wykonawca składa powyższą informację w formie oświadczenia, które należy złożyć wraz z ofertą – należy złożyć oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem.*

Zgodnie z §11 ust. 5 SIWZ oferta musi zawierać m.in. wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, zawierający w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową netto/brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia i warunków płatności, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SIWZ i wzoru umowy bez zastrzeżeń oraz oświadczenie wykonawcy, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług (jeżeli dotyczy).

Zgodnie z formularzem ofertowym w zakresie części I należało wypełnić tabelę składającą się z siedemnastu pozycji stanowiących przedmiot zamówienia. W odniesieniu do każdej pozycji należało podać cenę jednostkową netto za kg, wartość netto (zł), stawkę VAT, kwotę VAT, wartość brutto (zł). Następnie należało podać łączną wartość netto oraz brutto.

Kryteriami wyboru była cena oferty, wyliczona na podstawie ceny brutto zawartej w formularzu ofertowym (60%) oraz termin płatności (40%).

Do upływu terminu składania ofert, tj. do 19 października 2020 r., oferty złożył m.in. Odwołujący oraz wykonawca Z. K., który w formularzu ofertowym wskazał przy każdej pozycji stawkę VAT w wysokości 7%, a także wyliczył kwotę VAT i wartość brutto w odniesieniu do każdej pozycji oraz załączył do oferty oświadczenie, że jest rolnikiem ryczałtowym korzystającym ze zwolnienia od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 3 i że 7% VAT dotyczy całego asortymentu dostaw warzyw i owoców.

W dniu 30 października 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Z. K. prowadzącego Gospodarstwo Ogrodnicze Z. K. z siedzibą w Choceniu jako najkorzystniejszej, gdzie równocześnie Zamawiający nie wskazał, aby odrzucono którąkolwiek z ofert.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Istota sporu sprowadzała się do ustalenia czy wykonawca Z. K. wskazał błędną stawkę podatku VAT (7% zamiast 5%). Izba ustaliła, że wykonawca Z. K. w formularzu ofertowym wskazał przy każdej pozycji stawkę VAT w wysokości 7%, a także wyliczył kwotę VAT i wartość brutto w odniesieniu do każdej pozycji oraz załączył do oferty oświadczenie, że jest rolnikiem ryczałtowym korzystającym ze zwolnienia od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o podatku od towarów i usług i że 7% VAT dotyczy całego asortymentu dostaw warzyw i owoców.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 9 grudnia 2019 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2020 r., poz.

106 ze zm.) zwalnia się od podatku dostawę produktów rolnych pochodzących z własnej działalności rolniczej, dokonywaną przez rolnika ryczałtowego oraz świadczenie usług rolniczych przez rolnika ryczałtowego. Szczególne procedury dotyczące rolników ryczałtowych przewiduje art. 115 ww. ustawy, gdzie zgodnie z ust. 2 stawka zryczałtowanego zwrotu podatku, o którym mowa w ust. 1, wynosi 6,5% [96)97)] kwoty należnej z tytułu dostawy produktów rolnych pomniejszonej o kwotę zryczałtowanego zwrotu podatku. Zgodnie z ww. przypisem nr 97 w okresie od dnia 1.01.2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6% stawka zryczałtowanego zwrotu podatku, o której mowa w art. 115 ust. 2, wynosi 7% zgodnie z art. 146aa ust. 1 pkt 3. Zatem, kwota zwrotu podatku jest wypłacana rolnikowi przez nabywcę produktów rolnych, a jej stawka wynosi 7% kwoty należnej z tytułu dostawy produktów pomniejszonej o kwotę zryczałtowanego zwrotu podatku.

Izba uznała, że wykonawca jako rolnik ryczałtowy jest zwolniony od podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o podatku od towarów i usług. Fakt zwolnienia z podatku wykonawca mógł i powinien wskazać w treści oferty i w ocenie Izby dopuszczalne było wskazanie tej okoliczności w odrębnym oświadczeniu złożonym przez wykonawcę. Równocześnie okoliczność, iż wykonawca w treści formularza ofertowego w kolumnie dotyczącej stawki VAT (w sytuacji gdy Zamawiający w treści SIWZ nie podał obowiązującej stawki VAT) zamieścił 7%, w ocenie Izby nie stanowi błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Oferta wykonawcy zawierała dane wymagane przez Zamawiającego, wskazywała bowiem cenę jednostkową netto.

Rzeczywiście podanie stawki VAT i kwoty VAT było nadmiarowe w świetle ustalenia, że wykonawca jest z podatku zwolniony. Niemniej w celu porównania ofert w postępowaniu, Zamawiający winien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych środków, a więc kwotę zawierającą podatek od towarów i usług. Zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Zatem wskazanie przez wykonawcę stawki podatku VAT i kwoty VAT nie zmieniło wartości oferty, jaką Zamawiający był zobligowany uwzględnić podczas oceny ofert. W orzecznictwie podkreśla się, że *zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty* (vide: wyrok KIO z 20 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2432/15 oraz wyrok KIO z 8 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 170/17).

Z tych też względów oferta Z. K. nie była obarczona błędem, zawierała prawidłową stawkę podatku VAT, tj. 7% (a nie jak sugeruje Odwołujący stawkę 5%). Tym bardziej, że w zasadzie sam Odwołujący przyznał powyższe w treści odwołania, gdzie stwierdził, że jeśli wykonawca jest rolnikiem ryczałtowym i na podstawie odrębnych przepisów jest zwolniony z podatku VAT, to mógł zamieścić taką informację. Następnie, Odwołujący stwierdził, że wykonawca użył niemającej zastosowania do przedmiotowego zamówienia 7% stawki podatku VAT. Z powyższym stwierdzeniem nie sposób się zgodzić, zresztą Odwołujący nie wykazał, aby wykonawca nie mógł zaoferować w niniejszym postępowaniu 7% stawki podatku VAT.

Izba zwraca także uwagę na nieuprawnione żądanie Odwołującego dotyczące wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp wymienia przesłanki odrzucenia oferty i ma on charakter katalogu zamkniętego, natomiast kwestie związane z wykluczeniem wykonawcy z postępowania zostały uregulowane w art. 24 ustawy Pzp, a w tym zakresie Odwołujący nie postawił żadnego zarzutu. Odwołujący zdaje się więc nie rozróżniać podstaw dotyczących wykluczenia wykonawcy i podstaw związanych z odrzuceniem oferty wykonawcy.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, należy wskazać, że jest to zarzut niezasadny już przez sam fakt, że przywołany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca.

W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazywanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, 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 § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: ……..……..