Sygn. akt: KIO 3404/21

WYROK

z 6 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie 6 grudnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 listopada 2021 r. przez odwołującego: Fosfan S.A. z siedzibą w Szczecinie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Fosfan S.A. z siedzibą w Szczecinie i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3404/21

Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej: Zamawiający)

prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Gospodarowanie odpadami z komunalnej oczyszczalni ścieków Pomorzany i z komunalnej oczyszczalni ścieków Zdroje oraz z usuwania awarii wodociągowo-kanalizacyjnych w Szczecinie, w podziale na pakiety", nr postępowania: 31/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 142-378960.

19 listopada 2021 r. wykonawca Fosfan S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie w zakresie Pakietu nr 4 zamówienia, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez jego błędną interpretację, podlegającą na przyjęciu, że zastosowanie przez Odwołującego w swojej ofercie podstawowej stawki podatku VAT stanowiło błąd w obliczeniu ceny, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania oraz

2. art. 255 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez jego niewłaściwe zastosowanie, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. unieważnienia czynności w zakresie unieważnienia postepowania w zakresie pakietu nr 4,

3. dokonania powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający decyzją z 12 listopada 2021 r. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że zawierała ona błąd w obliczeniu ceny, przez zastosowanie przez niego błędnej stawki podatku VAT. Odwołujący w swojej ofercie wskazał stawkę VAT

w wysokości 23 %, zamiast stawki preferencyjnej w wysokości 8 %. W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty z powodu zastosowania podstawowej stawki VAT było bezzasadne.

Zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości podstawowej zamiast preferencyjnej w żadnym razie nie stanowiło błędu w obliczeniu ceny. Gdyby Odwołujący zastosował w swojej ofercie niższą, niż tą wynikającą z obowiązujących przepisów, stawkę podatku od towarów i usług, to wówczas godziłoby to w zasady wynikające z przepisów Pzp i zmniejszałoby wpływy do budżetu. Natomiast posłużenie się stawką w wysokości podstawowej nie wywołało żadnych negatywnych konsekwencji. Negatywny skutek dla wykonawcy, miałoby wyłącznie nieuprawnione zastosowanie przez niego stawki preferencyjnej.

Ustawa o podatku od towarów i usług nie wiąże żadnych ujemnych konsekwencji z zastosowaniem podstawowej stawki VAT. Taka sama reguła obowiązuje również przy wykładni przepisów Pzp, dlatego też zastosowanie przez Odwołującego podstawowej stawki VAT nie mogło być uznane za błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%. Pozostałe stawki VAT, w tym 8%, można stosować wyłącznie w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej.

Stosowanie preferencyjnych stawek podatkowych nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Oznacza to, że podatnik nie miał obowiązku zastosowania stawek preferencyjnych, gdyż ustawa o podatku od towarów i usług stawką podstawową uczyniła stawkę 23%, tj. stawkę ze względu, na którą oferta Odwołującego została odrzucona. Zatem podatnik zawsze ma prawo zastosować podstawową stawkę podatkową.

Niezależnie od fakultatywnego charakteru stosowania preferencyjnej stawki podatku VAT,

nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego do badania ceny oferty byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieściła się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego była najkorzystniejsza, podlegała odrzuceniu, tylko z tego powodu, że przy przyjęciu stawki preferencyjnej jej cena byłaby

niższa.

Przepisy Pzp nie zawierają definicji legalnej błędu, dlatego też posługiwanie się przez Zamawiającego tego typu sformułowaniem stanowiącym uzasadnienie odrzucenia oferty

Odwołującego przez zastosowanie przez niego podstawowej stawki VAT nie znajdowało uzasadnienia.

Wobec powyższego zastosowanie przez Odwołującego stawki podstawowej nie uprawniało Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W dalszej kolejności, decyzją z 12 listopada 2021 r. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, w oparciu o przepis art. 255 ust. 2 pkt 3 Pzp unieważnił postępowanie przetargowe dla pakietu nr 4. Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie ww. pakietu z uwagi na fakt, że cena pozostałej po odrzuceniu oferty Zamawiającego oferty najkorzystniejszej (i jedynej) w pakiecie nr 4, przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Zastosowanie przez Zamawiającego art. 255 ust. 2 pkt 3 Pzp było konsekwencją bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego i z tego względu było nieuzasadnione.

6 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Po dokonaniu czynności badania i oceny ofert najkorzystniejszych, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp Zamawiający pismem z 22 października 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zastosowanej przez niego stawki VAT 23 % przy obliczaniu ceny oferty. Odwołujący, w piśmie z 26 października 2021 r. wyjaśnił, że przy obliczaniu ceny brutto oferty zastosował omyłkowo stawkę VAT w wysokości 23 % zamiast stawki 8 %. Wobec takiej treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego ponieważ oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny - wykonawca w ofercie zastosował błędną stawkę podatku VAT.

Zamawiający, w SWZ, w rozdziale XI wskazał sposób obliczenia ceny oferty. Zgodnie z treścią punktu 3 w ofercie cenowej wykonawca miał wpisać cenę netto (za załadunek, transport, gospodarowanie 1 Mg odpadu), stawkę podatku VAT i cenę brutto (zawierającą podatek VAT). A zatem, istotne były w tym przypadku wszystkie trzy elementy - cena netto, podatek VAT, cena brutto. Zamawiający nie określił w SWZ stawki podatku VAT od towarów i usług jaką należało przyjąć do obliczenia ceny. To wykonawca w ofercie, wraz z ceną powinien również przedstawić prawidłową stawkę VAT.

Zgodnie z art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług stawka podatku wynosiła 23%, natomiast dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka ta wynosiła 8%. Zgodnie z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług, w związku z załącznikiem nr 3 (pozycja 33 w tabeli) do tej ustawy, stawka VAT dla usługi związanej z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne, wynosiła 8 %. Niezasadne było zatem twierdzenie Odwołującego jakoby ten miał wybór stawki, bowiem stawka ta została ustalona ustawowo i należało ją zastosować.

Odwołujący przyznał, że stawkę 23 % zastosował w wyniku omyłki. Miał zatem świadomość, że prawidłową była stawka 8 %.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z Rozdziałem XVI SWZ przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest gospodarowanie odpadami z komunalnej oczyszczalni ścieków Pomorzany i z komunalnej oczyszczalni ścieków Zdroje oraz z usuwania awarii wodociągowo-kanalizacyjnych w Szczecinie, w podziale na pakiety. Przedmiotem postępowania w Pakiecie nr 4 jest: „Usługa polegająca na załadunku i gospodarowaniu odpadem o kodzie 19 01 12 żużle i popioły paleniskowe z oczyszczalni ścieków Pomorzany".

W Rozdziale XI SWZ „Sposób obliczenia ceny" Zamawiający wskazał:

1. „Cena oferty musi zawierać wszystkie elementy zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia.

2. Wykonawca obowiązany jest przedłożyć ofertę cenową zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

3. W ofercie cenowej Wykonawca wpisuje cenę netto za załadunek, transport i gospodarowanie 1 Mg odpadu (Pakiet 1-11, Pakiet 12-13 — cena dotyczy przejęcia odpadu, bez usługi transportu), stawkę podatku VAT i cenę brutto (zawierającą podatek VAT) (...)".

Odwołujący złożył ofertę w zakresie Pakietu nr 4 zamówienia:

1. Cena netto [PLN] za załadunek, transport i gospodarowanie za 1 Mg odpadu - 80 zł,

2. Podatek VAT (stawka) - 23%,

3. Cena brutto [PLN] (zawierająca podatek VAT) za załadunek, transport i gospodarowanie za 1 Mg odpadu - 98,40 zł.

22 października 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym: „zastosowanej stawki VAT w wysokości 23 % przy obliczeniu ceny oferty. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy o VAT stawka wynosi 8 %".

W odpowiedzi, 26 października 2021 r. Odwołujący wyjaśnił, że przy obliczaniu ceny brutto zastosowana została omyłkowo stawka VAT w wysokości 23%, zamiast stawki 8%, a cena netto podana w ofercie jest prawidłowa.

16 listopada 2021 r. Zamawiający upublicznił informację o wyniku postępowania, m.in. w zakresie Pakietu nr 4. Zamawiający wskazał:

„Zamawiający informuje, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp odrzucił ofertę firmy FOSFAN Spółka Akcyjna, ul. Nad Odrą 44/65, 71-820 Szczecin, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca w swojej ofercie zastosował błędną stawkę podatku VAT (...).

Zamawiający unieważnia postepowanie dla Pakietu nr 4 na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z uwagi na fakt, iż oferta z najkorzystniejszą ceną (361 350,00 zł netto/ 219,00 zł netto za 1 Mg) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (325 000,00 zł netto / 196,97 zł netto za 1 Mg), a

Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej”.

W ocenie Izby powyższe czynności Zamawiającego były prawidłowe i uzasadnione.

Wątpliwości w sprawie nie budzi fakt, że zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług obowiązującą stawką dla usług związanych z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne jest 8%. Do kategorii tej zaliczane są odpady o kodzie ex 19 01 12 - Żużle paleniskowe inne niż wymienione w 19 01 11.

Podkreślenia wymaga, że wykonawca ma obowiązek zastosować prawidłową stawkę VAT, tj. taką, jaka wynika z obowiązujących przepisów. Tym samym nie jest uprawnieniem wykonawcy dokonanie wyboru stawki VAT przy kalkulacji ceny ofertowej. W konsekwencji zastosowanie przez Odwołującego stawki VAT 23 % zamiast 8 % było niedopuszczalne. Odwołujący w świetle obowiązujących przepisów podatkowych obowiązany był do zastosowania do obliczenia ceny brutto stawki ośmioprocentowej, a zastosowanie stawki podstawowej stanowiło błąd w obliczeniu ceny.

W podobny sposób orzekł Sąd Najwyższy w Uchwale III CZP 52/11 z 20 października 2011 r., gdzie wskazano: „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)”. O ile przytoczone orzeczenie zapadło na gruncie przepisów poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych, to zachowało swoją aktualność.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:

    a) SWZ wraz z załącznikami,

    b) oferty Odwołującego,

    c) korespondencji Zamawiającego i Odwołującego w zakresie wyjaśnienia zastosowanej przez Odwołującego stawki VAT.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....