

WYROK
z dnia 14 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 4 września 2015 r. i na rozprawie w dniu 14 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2015 r. przez J. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Fischland J. A. w Trzebieiszowicach w postępowaniu prowadzonym przez ZOO Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża J. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Fischland J. A. w Trzebieiszowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez J. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Fischland J. A. w Trzebieiszowicach tytułem 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - ZOO Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa ryb i owoców morza. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 13 sierpnia 2015 r. informacji o wyniku postępowania J. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Fischland J. Augustynik w Trzebieiszowicach 18 sierpnia 2015 r. wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż oferta odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny;
3. art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty SAWMAG P.P.H.H. Hurtownia Ryb s.c. J. S. T. M. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”);
4. art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
5. z ostrożności procesowej - art. 90 ust. 1 ustawy - przez zaniechanie wezwania odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny - tj zastosowanej stawki podatku od towarów i usług VAT.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienia czynności wyboru ofert, dokonania powtórnej oceny ofert, z udziałem oferty odwołującego, wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Z ostrożności procesowej wnosił o nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny w zakresie określenia wysokości podatku od towarów i usług VAT.

W uzasadnieniu odwołujący powołał uzasadnienie czynności odrzucenia oferty - zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT dla następujących ryb i owoców morza:

- solowiec mrożony jest 8% winno być 5% (poz. 18 zał. Nr 10 do ustawy o VAT);
- małże brzytwa morska - Razor jest 8% winno być 5% (poz. 18 zał. Nr 10 do ustawy o VAT);
- kalmar jest 8% winno być 5% (poz. 18 zał. Nr 10 do ustawy o VAT);
- małże mięso jest 8% winno być 5% (poz. 18 zał. Nr 10 do ustawy o VAT);
- mieszanka morska jest 8% winno być 5% (poz. 18 zał. Nr 10 do ustawy o VAT);
- krewetki jest 8% winno być 5% (poz. 18 zał. Nr 10 do ustawy o VAT).

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie skorzystał z trybu określonego w art. 87 ust. 1 ustawy i nie zwrócił się o wyjaśnienia przyczyn zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8%. w sytuacji, kiedy wpłynęły tylko dwie oferty różniące we wskazanych pozycjach stawką podatku VAT. Wywodził, że zamawiający zachowując należytą staranność, a przede wszystkim mając na względzie fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych - równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - powinien zwrócić się do odwołującego, aby wyjaśnił treść oferty, czyli zastosowaną stawkę podatku VAT, tymczasem zamawiający dokonał arbitralnej oceny zastosowanej stawki podatku VAT i uznał - bez badania przyczyn ani dokumentów - że stawka ta została przez odwołującego zastosowana nieprawidłowo.

Odwołujący argumentował, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie wskazał, w jakim celu zamawia wskazane towary, zatem analizując specyfikę działalności zamawiającego uznał, iż w istocie przedmiotem dostawy jest żywność dla zwierząt. Odwołujący wybrał podmiot, od którego będzie nabywał wymagane przez zamawiającego produkty, który specjalizuje się w dostawie karmy dla ryb i gadów - a karma ta - zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług VAT jest opodatkowana podatkiem 8%, zgodnie z załącznikiem nr 3 poz. 50 ustawy o VAT.

Podniósł, że zamawiający przygotowując formularz ofertowy pozostawił do wypełnienia wykonawcom wysokość stawki podatku VAT, zdawał sobie zatem sprawę z ich zróżnicowania. Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający w SIWZ nie przedstawił swoich wymogów dotyczących stawki podatku VAT, powinien oprzeć się na wyjaśnieniach i wyliczeniach wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że odpowiedzialność za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku VAT obciąża w całości wykonawcę jako podatnika i to on ponosi z tego tytułu, w tym ryzyko i pełną odpowiedzialność także odpowiedzialność karnoskarbową.

Oświadczył także, że prawidłowa stawka podatku VAT na oferowane przez odwołującego produkty, ze względu na kwalifikowanie jej jako karmy dla zwierząt to 8% - a

nie 5%, jak chce tego zamawiający. W ogóle zatem nie można mówić o omyłce - a tym bardziej o błędzie w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Okoliczności faktyczne zostały wskazane przez odwołującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy i nie ma potrzeby ich powielania. Uzupełniając tylko należy wskazać, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału XII SIWZ „Opis sposobu obliczania ceny” wykonawca zobowiązany był do wyodrębnienia stawki podatku VAT i wskazania jej w formularzu ofertowym odrębnie dla

każdej pozycji zamawianego asortymentu.

Wykonawca, który złożył ofertę uznawaną za najkorzystniejszą - SAWMAG P.P.H.H. Hurtownia Ryb s.c. J. S. T. M. - w odniesieniu do solowca mrożonego, małży brzytwa morska – Razor, kalmara mięsa małży, mieszanki morskiej oraz krewetek wskazał stawkę VAT 5 %.

Izba rozpoznała odwołanie z ograniczeniem wynikającym z art. 180 ust. 2 Pzp, czyli oceniła wyłącznie zarzuty dotyczące oferty odwołującego. W postępowaniach o wartości mniejszej niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp kwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty jest niedopuszczalne.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny polegający na wadliwym ustaleniu stawki podatku od towarów i usług, który powinien być zastosowany w odniesieniu do solowca mrożonego, małży brzytwa morska – Razor,

kalmara mięsa małży, mieszanki morskiej oraz krewetek wskazanych przez zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty.

Pogląd odwołującego prezentowany w odwołaniu i podtrzymany na rozprawie, wbrew jego intencji, potwierdza prawidłowość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odwołujący wywodził, że ponieważ wymienione owoce morza stanowić będą karmę dla zwierząt, podlegają stawce VAT 8 % zgodnie z brzmieniem poz. 50 Załącznika Nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. Tymczasem pozycja ta nie ma zastosowania w przypadku dostawy na rzecz zamawiającego, gdyż stanowi o gotowej karmie nie dla wszystkich zwierząt, lecz wyłącznie dla zwierząt domowych, dla których zamawiający – ogród zoologiczny – nie przeznacza zamawianych owoców morza.

Należy więc zgodzić się z zamawiającym, że prawidłową stawką podatku VAT jest 5% zgodnie z poz. 18 zał. Nr 10 do ustawy o VAT znajdującej zastosowanie do dostaw ryb, skorupiaków i mięczaków, przetworzonych i zakonserwowanych.

Pogląd przeciwny nie wynika z oświadczenia IchtioTropic Sp. z o.o. w Starym Polichnie, gdyż nie odnosi się ono wprost do wskazanych przez zamawiającego podstaw odrzucenia odwołania, czyli konkretnych owoców morza, a stanowi wyłącznie wyraz przekonania tego podmiotu, że do ceny oferty netto (w całości) należy doliczyć podatek VAT 8%.

Skoro już z samej treści formularza ofertowego odwołującego i przepisów prawa (Załączników Nr 3 i Nr 10 do ustawy o VAT) wynika, że odwołujący zastosował błędną stawkę podatku VAT, to zamawiający trafnie odrzucił tę ofertę bez wcześniejszego uzyskiwania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten pozwala na uzyskanie od wykonawcy, który w treści oferty wyraził swą wolę w sposób niejednoznaczny, wyjaśnień usuwających niejasności oświadczenia woli jakim jest oferta. W okolicznościach sporu nie ma żadnej niejasności w treści oferty odwołującego, którą zamawiający miałby wyjaśniać, nie doszło zatem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Istotnie, na gruncie przepisów podatkowych odpowiedzialność za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku VAT obciąża podatnika. Na gruncie zamówień publicznych zamawiający jednak jest zobowiązany do badania prawidłowego zastosowania stawki podatku VAT w ramach badania ceny oferty. Ofertę zawierającą nieprawidłową stawkę VAT zamawiający powinien odrzucić jeśli brak jest ustawowych znamion umożliwiających jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., III CZP 52/11).

Przywołany przepis ustawy nakazuje zamawiającemu poprawienie w treści oferty omyłek innych niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli mają one charakter nieistotny, nie znajduje

zastosowania w sprawie już z tego powodu, że sam odwołujący oświadczył już w odwołaniu,

że prawidłowa stawka podatku VAT to 8%, a nie 5% i jej zastosowanie nie nastąpiło skutkiem omyłki.

Zamawiający zasadnie zatem odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, mimo że była to oferta z niższą ceną. Zamawiający może bowiem udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp).

Powołane przez odwołującego orzeczenie wydane w sprawie o sygn. akt KIO 2294/12 jest nieadekwatne do okoliczności faktycznych sprawy. Zostało wydane w odniesieniu do usług, w warunkach sporu co do rozmiaru i ceny każdej z usług wchodzącej w skład przedmiotu zamówienia i przyporządkowania części z nich do podstawowej stawki podatku VAT.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: