

Sygn. akt: KIO 1394/23

WYROK
z dnia 2 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2023 r. przez wykonawcę **TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **EMS – EUROMED MEDICAL SOLUTION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie po postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz zamawiającego Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu kwotę 3 752 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 1394/23

Uzasadnienie

I. Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa ultrasonografów w ramach projektu POIŚ (część 3.3); numer referencyjny: PN-31/23.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 2023/S 050-144665 w dniu 10 marca 2023 r.

W dniu 18 maja 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust 1 oraz art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez wybór oferty EMS w Części nr 1 zamówienia, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jako że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty EMS,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w Części nr 1 i 2 postępowania, podczas gdy nie wystąpiły okoliczności do zastosowania przedmiotowego przepisu z uwagi na to, że oferta Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a zastosowana przez Odwołującego stawki podatku VAT są prawidłowe,
- 3) art. 225 pkt 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w Części 2, mimo że oferta Odwołującego w Części nr 2 jest ważna i nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił jego ofertę uznając, że zawiera błąd w

obliczeniu ceny, jako że nie zastosował jednolitej stawki VAT, mimo że wynikało to z komunikatu, zamieszczonego na stronie postępowania przez Zamawiającego. Odwołujący przytaczał przepisy i orzecznictwo na poparcie swojego stanowiska, twierdząc, że należy zastosować stawkę VAT inną dla dostawy, a inną dla montażu i szkoleń. Jego zdaniem kwestia montażu/instalacji oraz szkolenia z obsługi ultrasonografu być może ma dla Zamawiającego jakieś znaczenie z punktu widzenia funkcjonowania sprzętu w trakcie jego pracy, ale nie ma żadnego znaczenia dla jego dostawy. Stąd też usługi montażu/instalacji oraz szkolenia muszą być traktowane jako świadczenia odrębne, a nie pomocnicze dla wykonania dostawy ultrasonografów – a w konsekwencji opodatkowane odrębnie, właściwymi stawkami podatku VAT.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty EMS (który zastosował jednolitą stawkę VAT zgodnie z komunikatem Zamawiającego) i zaniechał jej odrzucenia, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, a poprzez wybór oferty EMS, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jako że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny naruszył również przepis art. 239 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający dokonał także nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego i odrzucił ofertę z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, a dodatkowo w Części nr 2 naruszył art. 225 pkt 2 ustawy PZP, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w tej części.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 8 maja 2023 r. polegającej na wyborze oferty EMS jako najkorzystniejszej w Części 1 postępowania, odrzuceniu oferty Odwołującego w Części 1 oraz w Części 2 postępowania oraz unieważnieniu postępowania w Części 2,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez EMS,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez EMS,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Części 1 i 2 postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego wykonawca EMS – EUROMED MEDICAL SOLUTION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zgodnie z pkt 1.1 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) przedmiotem zamówienia jest dostawa ultrasonografów w ramach projektu POIŚ (część 3.3) w podziale na następujące części:

Część nr 1: Ultrasonograf dla noworodków – 2 sztuki;

Część nr 2: Ultrasonograf dla noworodków – 1 sztuka;

Część nr 3: Głowica do aparatu USG hokejowa – 1 sztuka.

W pkt 3.1. SWZ Zamawiający podał, że przez zrealizowanie dostawy Zamawiający rozumie dostawę urządzeń do siedziby Zamawiającego, montaż/instalację urządzeń, uruchomienie urządzeń oraz przeszkolenie personelu w zakresie obsługi urządzeń (dla części nr 3 – sama dostawa).

We wzorze formularza cenowego, który miał wypełnić wykonawca składając ofertę, Zamawiający umieścił tabelę, gdzie należało wpisać wysokość stawki podatku VAT w odrębnych polach dla dostawy, montażu i szkoleń.

Dnia 13 marca 2023 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający zamieścił komunikat: „Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dostawę należy traktować jako jednolitą i niepodzielną, dla której zastosowanie ma jedna stawka podatku vat. Rozkład na poszczególne elementy miałby charakter sztuczny.”.

Odwołujący złożył ofertę, w której wskazał dla dostawy stawkę 8%, a dla montażu i szkoleń – stawkę 23%.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny, z uzasadnieniem, że „W swojej ofercie Odwołujący dostawie dwóch ultrasonografów dla noworodków przypisał stawkę VAT wynoszącą 8%, natomiast montażowi/instalacji oraz szkoleniu z obsługi przedmiotu zamówienia przypisał 23% VAT”.

Przystępujący EMS – EUROMED MEDICAL SOLUTION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, zastosował w ofercie jednolitą stawkę VAT.

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie, w którym argumentował, dlaczego do przedmiotu zamówienia nie można zastosować kompleksowej stawki podatku VAT, popierając swoje stanowisko bogatym orzecznictwem sądowym, przywoływał też orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, co z kolei argumentował, przytaczając obszernie orzeczenia sądowe, z których wynikało, że dla przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu należy zastosować kompleksową stawkę VAT. Również przywoływał orzeczenia KIO.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 226 pkt 10 Prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Nie ulega wątpliwości, że stawka podatku VAT jest elementem cenotwórczym, i wpływa na porównywalność ofert. Orzecznictwo sądowe, jak i Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie przyjmuje, że wskazanie błędnej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny: „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (w związku z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2010 r. Nr 113, ze zm.)” (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11).

Zatem, jeżeli Odwołujący wskazał błędną stawkę VAT, to jego oferta podlega odrzuceniu.

Do ustalenia pozostało zatem, czy stawka podatku VAT wskazana w ofercie Odwołującego była błędna, a więc mogła stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

Na wstępie należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie ustala prawidłowości stawki VAT w taki sposób, jak czynią to organy podatkowe – podatnik może uzyskać indywidualną informację podatkową i wiążącą informację stawkową (WIS). Zgodnie z informacją podaną na stronie, „Wiążąca informacja stawkowa i interpretacja indywidualna to dwie odrębne instytucje prawne, obsługiwane przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Interpretacje indywidualne funkcjonują od 2007 r., natomiast decyzje WIS są wydawane od 2019 r. Przepisy prawa podatkowego określają różne tryby postępowania w celu uzyskania WIS i interpretacji indywidualnych. Odmienny jest także zakres podmiotowy i przedmiotowy obu tych instytucji. Konsekwentnie – inna jest też procedura wydawania WIS i interpretacji indywidualnych. Do wydawania WIS stosuje się art. 42a – 42i ustawy o VAT, jak również przepisy działu IV Ordynacji podatkowej, z wyłączeniem rozdziałów 17, 18, 19 i 20. Natomiast w zakresie wydawania interpretacji indywidualnych stosuje się przepisy art. 14b-14s Ordynacji podatkowej. W celu uzyskania kompleksowej informacji dotyczącej podatku VAT, obejmującej zarówno stawkę, jak i inne elementy konstrukcyjne podatku, np. wyeliminowanie obowiązku zastosowania zwolnienia czy ustalenie podstawy opodatkowania, konieczne jest złożenie zarówno wniosku ORD-IN, aby otrzymać interpretację indywidualną (w zakresie np. wyeliminowania lub zastosowania zwolnienia oraz ustalenia podstawy opodatkowania), jak i wniosku WIS-W, aby otrzymać WIS (w zakresie stawki podatku VAT)”. To organy podatkowe są właściwe do wydawania wiążących informacji w zakresie stawki VAT, a nie Krajowa Izba Odwoławcza. Krajowa Izba Odwoławcza może jedynie oceniać „prawidłowość” stawki VAT w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie. Izba rozpatruje „prawidłowość” stawki VAT wyłącznie pod kątem ewentualnych naruszeń przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, opierając się na dowodach przedłożonych przez strony postępowania. Dlatego nie można wywodzić z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że dla danego przedmiotu zamówienia in abstracto (np. dla dostaw ultrasonografów z montażem i szkoleniami) określona stawka VAT jest właściwa: Izba wydaje orzeczenie indywidualnie w każdej sprawie na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, tj. ustalonego dla danej sprawy stanu faktycznego (art. 552 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążące wyłącznie dla stron postępowania odwoławczego, i ostatecznie może okazać się, że prawidłowa stawka VAT, ustalona jako wiążąca dla danego przedmiotu zamówienia przez właściwe organy podatkowe jest inna, niż ustalona na podstawie materiału dowodowego, złożonego przez strony postępowania odwoławczego. Można zastanawiać się, czy systemowo jest to rozwiązanie poprawne, że Krajowa Izba Odwoławcza podejmuje rozstrzygnięcia w zakresie stawki VAT, ale de lege lata takie rozwiązanie przewidują obowiązujące przepisy.

Reasumując, nie ma podstaw, aby popierać pogląd o określonej stawce VAT orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej. Jak zostało wcześniej powiedziane, Izba ustala, czy Zamawiający dopuścił się naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, a w rozpatrywanej sprawie – czy prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na błąd w obliczeniu ceny, ponieważ nie zastosował on jednolitej stawki VAT. Na podstawie dokumentacji postępowania, skład orzekający stwierdził, że w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, Zamawiający postąpił prawidłowo.

Zamawiający zamieścił na stronie postępowania komunikat, że należy zastosować jednolitą stawkę VAT. Podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych). W świetle tej zasady nie można zignorować komunikatu podanego przez Zamawiającego, i akceptować inną stawkę, niż stawkę jednolitą; rozbić przedmiot zamówienia na poszczególne elementy w formularzu cenowym (na co powoływał się Odwołujący) jest bez znaczenia dla ustalenia, czy stawka podatku VAT ma nie być jednolita. Nie można twierdzić, że informacja wynikająca z komunikatu nie jest wiążąca dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego, wobec podanej przez Zamawiającego informacji o konieczności zastosowania stawki jednolitej, akceptacja oferty Odwołującego, w której nie zastosowano takiej stawki, prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W konsekwencji należało przyjąć, że oferta Odwołującego zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Zdaniem Izby, w tym przypadku nie można nakazać Zamawiającemu poprawienia stawki VAT.

Po pierwsze, zgodnie z przywołaną wyżej uchwałą Sądu Najwyższego, zamawiający poprawia błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu błędnej stawki VAT „wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT”. W tym postępowaniu Zamawiający konkretnej stawki VAT nie wskazał, a jedynie wytyczył sposób zastosowania stawki – tzn. określił, że ma być jednolita. Dlatego Izba stwierdziła, że w tym przypadku, nie można nakazać Zamawiającemu „ujednolicenia” stawki VAT w ofercie Odwołującego (o ile jest to w ogóle technicznie możliwe).

Po drugie, nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłki byłoby orzeczeniem ponad zarzuty odwołania. Odwołujący nie skarżył naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Skoro Izba uznała, że w danym postępowaniu należy zastosować stawkę jednolitą, to nakazanie „ujednolicenia stawki” byłoby wbrew stanowczej argumentacji odwołania, na której Odwołujący opierał swoje stanowisko, że do przedmiotu zamówienia trzeba zastosować różne stawki VAT. Dlatego Odwołujący nie wnosił o poprawienie omyłki nawet jako zarzut ewentualny. W konsekwencji nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłki byłoby niezgodne z art. 555 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, nie stwierdzając naruszeń przepisów art. 226 ust. 1 pkt 10 i art. 225 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....