

Sygn. akt: 1462/17

WYROK

z dnia 26 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa Protokolant: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **P.B. Arimus, ul. Słomiana 1, 17-200 Hajnówka** w postępowaniu prowadzonym przez **AMW SINEVIA Sp. z o.o., ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki**

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **P.B. Arimus, ul. Słomiana 1, 17-200 Hajnówka** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego 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 2015 r., poz. 2164 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1462/17

UZASADNIENIE

AMW SINEVIA Sp. z o.o., ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn:

„Zadanie 1001 Przebudowa budynku internatu w Słomczynie - roboty elektryczne i teletechniczne”. Numer sprawy: SVA/J/4620-122/2017.

W dniu 7 lipca 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej ofert oraz o odrzuceniu trzech ofert w tym także wykonawcy P.B. Arimus, ul. Słomiana 1, 17-200 Hajnówka, dalej zwany „Odwołującym”, który od tej czynności Zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego pomimo, że nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny, a w konsekwencji, dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty wykonawcy ST&T K., Z., Ż. Spółka Jawna, która w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert taką ofertą nie jest.

Uzasadniając powyższy zarzut wskazał, że czynność Zamawiającego stanowi naruszenie podstawowych zasad postępowania zawartych w art. 7 ustawy Pzp., a także naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty. Odwołującego w związku z błędnym ustaleniem, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny,

oraz naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jako dokonanej z naruszeniem artykułu 89 ust. 1 punkt 6 Pzp; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

Podał, że w SIWZ w zakresie Części III opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał dodatkowo w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty oraz rozliczenia zamówienia z wybranym wykonawcą, że *W związku z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 r. poz. 710 z późn. zm.), obowiązującymi od dnia 01 stycznia 2017 r. w zakresie odwróconego obowiązku podatkowego (art. 17 ust. 1 pkt 8), Zamawiający informuje, że w odniesieniu do zamówienia objętego ogłoszeniem pozostaje on generalnym wykonawcą w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, Nazewnictwo użyte w SIWZ oraz w załącznikach (Wykonawca, Zamawiający) jest stosowane jedynie w odniesieniu do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.*

Dodatkowo w zakresie odnoszącym się do sposobu rozliczania przedmiotu umowy- Część XIII SIWZ, opis sposobu obliczenia ceny zawiera następującą instrukcję:

Cenę (w celu wyboru oferty) należy wyliczyć następująco:

2) Wykonawcy, jako podwykonawcy Zamawiającego składający ofertę na usługi budowlane objęte włącznikiem nr 14 ustawy do VAT i objęte odwróconym obowiązkiem podatkowym, zobowiązani są do podania ceny netto oraz wysokości

stawki podatku od towarów i usług (VAT), zgodnie z wzorem formularza oferty - załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający dokonując oceny ofert doliczy należny podatek VAT.

Odnosząc się do powyższego podniósł, że zgodnie z powyższymi ustaleniami specyfikacji, skoro wykonawca winien był podać cenę oferty netto, a Zamawiający cenę miał samodzielnie ubruttowić właściwą stawką podatku VAT to taka właśnie ubruttowiona przez samego Zamawiającego cena miała być brana pod uwagę przy porównaniu i ocenie ofert oraz miała wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Skoro zatem Zamawiający przesądził o odwróconym obowiązku podatkowym w postępowaniu, ciężar tak ustalenia prawidłowej stawki, jak również obliczenie samej ceny brutto obciążał Zamawiającego.

Oceniając złożoną ofertę podał, że Odwołujący złożył ofertę, spełniającą, w jego przekonaniu, wszystkie zawarte w SIWZ wymagania, w tym w szczególności zawierającą poprawną wycenę robót netto. Podania wartości takiej oczekiwał zamawiający jednocześnie wskazując że to on dokona czynności ubruttowienia ceny ofertowej wykonawcy stosując właściwy w tym przypadku podatek VAT.

W tej sytuacji nie może być mowy o błędzie w obliczeniu ceny oferty, skoro cena oferty powinna być skalkulowana przez wykonawcę jako wartość netto i taką właśnie wartość wskazał w swojej ofercie odwołujący i jest ona obliczona w sposób prawidłowy. Rolą i obowiązkiem zamawiającego było zatem, na potrzeby oceny i porównania ofert, ubruttowienie ceny ofertowej - to jest ceny netto z zastosowaniem właściwej stawki podatku, właściwej dla przedmiotu zamówienia. Dlatego też nie ma możliwości wskazywania, że zaistniał błąd w obliczeniu ceny oferty. Przepis artykułu 89 ustęp 1 punkt 6 Pzp wskazuje jako podstawy odrzucenia oferty wyłącznie sytuację obciążającą wykonawcę, który wadliwie, to w szczególności, z naruszeniem przepisów prawnie podatkowych skalkulował i wyliczył cenę ofertową. Tylko taka sytuacja może być kwalifikowana jako błąd w obliczeniu ceny oferty stanowiący podstawę do jej odrzucenia. Nie mieści się w katalogu podstaw odrzucenia oferty na podstawie wskazanego przepisu, przypadek, gdy pomimo prawidłowości podania przez wykonawcę ceny ofertowej netto, czynność do której jest zobowiązany zamawiający, to jest w tym przypadku, ubruttowienie ceny netto właściwym podatkiem VAT jest dokonane w sposób nieprawidłowy.

Reasumując podał, że w ocenie Odwołującego, w tym szczególnym przypadku, to jest w sytuacji gdy mamy do czynienia z odwróconym obowiązkiem podatkowym w związku

ze statusem zamawiającego w relacji do wykonawcy, a także narzuconym w SIWZ na formularzu ofertowym i podtrzymanym w ofercie Odwołującego odwróconym obciążeniu podatkowym, w niniejszym postępowaniu informacja w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT jak i samo obliczenie wysokości podatku VAT oraz ubruttowienie ceny netto, podanej przez wykonawcę w ofercie, należało do obowiązków Zamawiającego.

W konsekwencji czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie błędu w obliczeniu ceny nie może mieć zastosowania, skoro obliczenie ceny w rozumieniu - ubruttowienie jej właściwym podatkiem należy do obowiązków podatnika rozliczającego podatek VAT, w tym przypadku będzie nim sam Zamawiający.

Zamawiając nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie i w stanowisku prezentowanym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania, gdyż stanowisko Zamawiającego co do odrzucenia oferty Odwołującego było w pełni zasadne. Wskazał, że należy zwrócić uwagę na przepis określający co należy rozumieć pod pojęciem ceny o którym mowa art. 2 pkt 1 Pzp, gdzie wskazuje, że za cenę rozumiana jest kwestia zawarta w ust. 3 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, gdzie niewątpliwym jest, że w skład ceny wlicza się także podatek VAT, a więc cena zawiera VAT. Kwestia czy tutaj mamy do czynienia z odwróconym podatkowaniem podatku VAT, nie ma tutaj żadnego znaczenia. Dlatego też pomimo tego, iż mamy tutaj zastosowanie z odwróconym obowiązkiem podatkowym w zakresie VAT to wykonawca winien był podać stawkę VAT, taką jaką winien będzie odprowadzić Zamawiający. Taki obowiązek wykonawców wynikał z zasad oceny ofert oraz postanowienia części III SIWZ – wykonawcy ... zobowiązani są do podania ceny netto oraz wysokości stawki podatku od towarów i usług (VAT).

Krajowa Izba Odwoławca rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaprezentowane stanowiska stron postępowania ustaliła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem sporu pomiędzy przedmiotowymi stronami jest kwestia, czy w przypadku stosowania procedury odwróconego VAT wykonawca, który w ofercie podał niewłaściwą stawkę podatku VAT to jego oferta w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp podlega odrzuceniu z powodu błędu w ustaleniu ceny, albo czy też podanie niewłaściwej stawki

podatku VAT nie ma wpływu na cenę wskazaną w ofercie i tym samym nie może skutkować jej odrzuceniem.

W trakcie rozprawy Izba ustaliła iż Odwołujący nie kwestionował podanej przez Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty 8% stawki podatku VAT jako prawidłowej, zamiast wskazanej w formularzu cenowym przez Odwołującego stawki 23%. Jednakże zarzucił, iż ze względu na stanowisko, że to Zamawiający ustala właściwą stawkę podatku VAT dla danego przedmiotu zamówienia, to podana stawka przez Odwołującego miała tylko znaczenie poglądowe nie mogące wywierać skutku w postaci odrzucenia jego oferty.

W tym zakresie Izba na wstępie wskazuje, że nowelizacja ustawy o VAT z 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych /Dz.U.2015 r. poz. 605/, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 roku, wprowadziła zmiany dotyczące stosowania tzw. mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług VAT na gruncie prawa zamówień publicznych. Zgodnie z obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 roku art. 91 ust. 3 a 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.*

Mechanizm odwróconego (odwrotnego) obciążenia VAT stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą podatnikiem z tytułu odpłatnego świadczenia usług lub dostawy towarów jest usługodawca lub dostawca towaru. W określonych przypadkach podatnikami są podmioty nabywające usługi lub towary, co jest równoznaczne z przerzuceniem na nabywcę obowiązku rozliczenia podatku należnego z tytułu dokonania danej czynności. W przypadku zastosowania odwróconego obciążenia dostawca towaru lub świadczący usługę, wystawiając fakturę, nie wykazuje w niej stawki i kwoty podatku. Zamiast tego faktura powinna zawierać wyrazy „odwrotne obciążenie”. Odwrócony VAT jest procedurą, która przewiduje, że to kupujący, a nie sprzedający, zobowiązuje się do odprowadzenia podatku.

Od stycznia 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2024),. Ustawa ta wprowadziła szereg zmian w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 r. poz. 710, z późn. zm.). Jedną z wprowadzonych zmian było rozszerzenie

zakresu stosowania tzw. mechanizmu odwróconego obciążenia VAT o transakcje, których przedmiotem są usługi budowlane.

Sprawa stosowania odwróconego VAT napotyka szereg trudności interpretacyjnych o czym świadczą wydawane wielokrotnie wyjaśnienia Ministra Rozwoju i Finansów w tym zakresie. Jednakże niemal w całości wyjaśnienia te dotyczą kwestii zasad stosowania i rozliczania fakturowego, mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług VAT. Natomiast brak jest wyjaśnień co do zasad ustalenia i wykazania stawki podatku VAT w składanych Zamawiającym ofertach. Analizując treść przepisu art. 91 ust.3a Pzp regulującego powyższe kwestie na gruncie prawa zamówień publicznych stwierdzić należy, iż zasada odwróconego mechanizmu rozliczania podatku VAT dokonuje zmiany procedury wykazywania VAT w wystawianej Zamawiającemu przez wykonawcę fakturze oraz jego rozliczania. Natomiast w żaden sposób nie zmienia zasad procedury badania i oceny ofert przez Zamawiającego. Z powyższego przepisu wynika także, iż wykonawca składając ofertę podaje cenę oferty bez podatku od towarów i usług. Nawiązując do ustalonych zasad podawania ceny ofertowej przy stosowaniu zasady fakturowej, podkreślić należy iż wykonawca podając cenę w ofercie wskazuje: 1) cenę netto- 2) stawkę podatku VAT- 3) kwotę podatku VAT oraz 4) kwotę brutto. Przy odwróconym mechanizmie rozliczania podatku VAT wykonawca w myśl ww. przepisu nie podaje dwóch ostatnich kwot. Jednakże podanie tych kwot nie może, zdaniem Izby stanowić błędu w obliczeniu ceny i skutkować odrzuceniem takiej oferty, pod warunkiem że została zastosowana właściwa stawka podatku i umożliwiło to Zamawiającemu dokonanie oceny ofert zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uznanie za prawidłową, ceny z błędnie podaną stawką VAT, narusza nie tylko przepisy prawa, ale także interesy innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, co w konsekwencji prowadzi do uchybienia zasadom równego traktowania uczestników postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i zaprzecza regułom uczciwej konkurencji.

Izba uznaje, że Zamawiający dokonując oceny ofert- w tym i prawidłowości ustalenia ceny ofertowej, winien znać kwotę netto oraz stawkę podatku VAT jaka według wykonawcy winna znaleźć zastosowanie w zakresie danego zamówienia. Dlatego też zasadnie w części III SIWZ - opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania ceny netto i właściwej stawki podatku VAT. Tak ustalony sposób podania ceny nie był kwestionowany przez wykonawców, co potwierdza fakt, że każdy z wykonawców składający ofertę w tym postępowaniu, (także odwołujący) podali oprócz kwoty netto także stawkę podatku VAT, która winna znaleźć

zastosowanie w tym postępowaniu. Prezentowane na rozprawie w zakresie skutków wskazania niewłaściwej stawki podatku VAT, odmienne stanowisko Odwołującego Izba ocenia jako wynik przyjętej strategii dla obrony złożonej oferty. Niewątpliwym jest, że Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11 definiował pojęcie ceny na gruncie zamówień publicznych o której mowa w art. 2 pkt 1 Pzp iż *"Definiując w art. 2 pkt 1 pojęcie ceny, ustawodawca odwołał się do ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), który stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Podatek ten (VAT) jest więc niewątpliwie składnikiem ceny, elementem, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o jej wysokości"* (zdaniem Izby teza ta pozostaje aktualna pomimo zastąpienia ustawy o cenach, ustawą z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług Dz. U poz. 915).

Przywołany wyżej przepis art. 91 ust 3a Pzp zdaniem Izby, nie stanowi zmiany w zakresie badania ceny oferty, jednakże dla przejrzystości rozliczania VAT ustala zasadę, że w przypadku odwróconego mechanizmu VAT wyliczony kwotowo podatek występuje tylko po stronie płatnika podatku, czyli Zamawiającego - stanowiąc, że *Zamawiający do otrzymanej faktury z podaną kwotą netto dolicza prawidłową kwotę podatku VAT.*

W celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, Zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność Zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć należy także, że w przypadku kryterium oceny, jakim jest cena, dla porównania ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych przez siebie środków publicznych, a zatem kwotę, jaką będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji zamówienia, a więc zawierającą także podatek od towarów i usług. Dlatego też niezbędne jest wskazanie przez wykonawcę stawki podatku VAT jaki Zamawiający w przypadku odwróconego mechanizmu VAT winien doliczyć do podanej ceny netto. Powyższe stanowisko, zdaniem Izby potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lutego 2005 r. V Ca 2981/04 zgodnie z którym *„pod pojęciem «ceny» należy na gruncie Prawa zamówień publicznych rozumieć cenę brutto (a więc z naliczonym VAT). Taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert"*.

Aby móc dokonać porównania cen ofert Zamawiający winien znać stawkę podatku VAT, by ustalić wielkość tego podatku dla ustalenia ceny oferty danego wykonawcy. Właściwe ustalenie w ofercie przez wykonawcę stawki VAT odnoszącej się do konkretnego przedmiotu zamówienia podlega weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego przez Zamawiającego. To Zamawiający, niezależnie od procedury rozliczania podatku VAT jest odpowiedzialny za prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego, mając także na względzie porównywalność ofert złożonych w postępowaniu.

Zauważyć należy, że art. 91 ust. 3a Pzp. kształtuje cenę w znaczeniu funkcjonalnym, ponieważ do ceny w znaczeniu wskazanym w ustawie nakazuje dodać VAT rozliczany przez Zamawiającego. Pozwala więc na obliczenie rzeczywistych wydatków Zamawiającego związanych z danym zamówieniem. Izba uznaje, że do obowiązków wykonawcy składającego ofertę, w zakresie ceny należy podanie kwoty netto i stawki podatku VAT, natomiast Zamawiającego obciąża obliczenie i rozliczenie z organem skarbowym tego podatku.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważenia Izba uznaje, że Odwołujący wskazał Zamawiającemu niewłaściwą stawkę podatku VAT, a to stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązywało Zamawiającego do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art 89 ust.1 pkt 6 Pzp. Zamawiający w SIWZ nie wskazał sugerowanej stawki podatku VAT i tym samym nie mógł skorzystać z możliwości jej poprawy jako omyłki. Izba podkreśla, że w tym postępowaniu obowiązek wskazania stawki podatku VAT wynikał z postanowień SIWZ. Wykonawca nie może podać dowolnej stawki podatku VAT lecz winien podać stawkę właściwą tj. taką jaka winna być zastosowana adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Fakt podania niewłaściwej stawki podatkowej w ofercie Odwołującego nie był przedmiotem sporu w tym postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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:.....