

WYROK
z dnia 18 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 r. przez wykonawcę Baltic Workboats AS z siedzibą w Saaremaa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Główny Inspektorat Rybołówstwa Morskiego w Słupsku przy udziale wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy z siedzibą w Uusikaupunki zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego: Baltic Workboats AS z siedzibą w Saaremaa,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Główny Inspektorat Rybołówstwa Morskiego w Słupsku i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Baltic Workboats AS z siedzibą w Saaremaa tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego – Baltic Workboats

AS z siedzibą w Saaremaa kwotę 20 369 zł 62 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy trzysta sześćdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dotarcia pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

.....

Uzasadnienie

Główny Inspektorat Rybołówstwa Morskiego w Słupsku (dalej Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. Zaprojektowanie i wybudowanie (dostawę) dwóch statków inspekcyjno-kontrolnych (numer postępowania: ZP-5/2018) zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r. pod numerem 2018/S 200-453845. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 4 marca 2019 r. wykonawca Baltic Workboats AS z siedzibą w Saaremaa (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a Pzp przez przyjęcie, że nieprawidłowe wypełnienie w formularzu ofertowym informacji o ewentualnym powstaniu po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego należy zakwalifikować jako błąd

w obliczeniu ceny obwarowany sankcją odrzucenia oferty, podczas gdy błędne podanie tej informacji nie rodziło dla wykonawcy negatywnych sankcji.

2. art. 87 ust. 1 i ust 2 Pzp przez dokonanie zmiany treści oferty Odwołującego

z naruszeniem tego przepisu i przyjęcie, że wyjaśnienia Odwołującego mogły doprowadzić do zmiany stawki VAT określonej w ofercie, która prawidłowo została wskazana na poziomie 0 złotych, jak również informując Odwołującego o dokonanej zmianie oferty dopiero przy czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

3. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez przyjęcie, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, mimo że gwarancja wadialna należyście zabezpieczała interesy Zamawiającego i była zgodna z wymogami przetargu.

4. art. 87 ust. 1 Pzp oraz § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez skierowanie do Odwołującego zapytania o treść dokumentu wadialnego, mimo iż Odwołujący załączył do gwarancji bankowej wystawionej

w języku angielskim tłumaczenie własne na język polski, oraz mimo że Zamawiający rozumiał treść klauzuli będącej przedmiotem zapytania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2.dokonania ponownej czynności oceny ofert,
- 3.wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 4.rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm przepisanych wraz z innymi uzasadnionymi kosztami uczestnika postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedłożonego przed zamknięciem rozprawy,

względnie, w przypadku uznania, że nieudostępniona przez Zamawiającego indywidualna interpretacja podatkowa będąca podstawą przyjęcia przez niego, że w związku z realizacją zamówienia nie dojdzie do odwrotnego obciążenia Zamawiającego podatkiem VAT była informacją niezbędną do określenia podatkowych skutków dostawy przez zagranicznych wykonawców, o:

- 5.unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

1. Brak błędu w obliczeniu ceny - brak przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący prawidłowo obliczył cenę oferty. W formularzu ofertowym, w punkcie 1, wskazał cenę netto 39 188 909 złotych, podatek VAT 0 złotych oraz cenę brutto równą cenie netto.

W punkcie 13 formularza oferty na pytanie „czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego” Odwołujący odpowiedział „TAK”. Zamawiający zakwestionował tą odpowiedź i 18 stycznia 2019 r. wezwał Odwołującego o podanie podstawy prawnej dla przyjęcia, że na Zamawiającym będzie spoczywał obowiązek podatkowy. Pismem z 24 stycznia 2019 r. Odwołujący podał, że wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku zapłaty 23% VAT w związku

z wykonaną dostawą statków - tzw. odwrotne obciążenie VAT. W odpowiedzi Zamawiający 12 lutego 2019 r. ponownie wezwał Odwołującego do podania podstawy prawnej dla przyjęcia, że na Zamawiającym będzie spoczywał obowiązek podatkowy, a także o wyjaśnienie podstawy prawnej zaoferowania stawki VAT 23 %.

Stawka VAT w ofercie Odwołującego wynosiła 0% i nie mógł on jakimkolwiek oświadczeniem złożonym wobec Zamawiającego po terminie składania ofert zmienić swojej oferty w tym zakresie. Tymczasem czynność odrzucenia oferty Odwołującego została umotywowana tym, że „Wykonawca zaoferował błędną stawkę podatku VAT. Zgodnie z wyrażnymi oświadczeniami, złożonymi odpowiednio w wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2019 r.

oraz z dnia 13 lutego 2019 r., Wykonawca wskazał, że właściwą, zaoferowaną przez niego stawką VAT jest stawka 23%.

(...) Tym samym, uznać należy, że Wykonawca,

w świetle złożonych wyjaśnień, zaoferował błędną stawkę VAT. Prowadzi to do braku możliwości porównania złożonych w postępowaniu ofert”. Rzeczywiście, w odpowiedzi

na pismo Zamawiającego z 12 lutego 2019 r., Odwołujący w dniu 13 lutego 2019 r. wskazał art. 17 ust. 1 pkt 3 oraz art. 9 ustawy o VAT, mówiące o wewnątrzwspólnotowym nabyciu towarów. Następnie wyjaśnił, że „statki będą wyprodukowane w Estonii, a następnie przetransportowane z Estonii do Polski. Zamawiający będzie miał obowiązek naliczyć od dokonanego zakupu podatek VAT według właściwej stawki krajowej. Zgodnie z art. 86 ust. 10b pkt 3 ustawy o VAT podatnik wykazuje podatek należny z tytułu WNT w deklaracji VAT i uzyska prawo do odliczenia tego podatku”. Odwołujący podał również, że stawka 23% wynika z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT.

Po tej odpowiedzi, pismem z 22 lutego 2019 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Wskazał, że dysponuje indywidualną interpretacją podatkową nr - 0115-KDiT1- 2.4012.649.2017.2.RS, z której wynika, że zamawiane statki będą zgodnie z polską klasyfikacją wyborów i usług PKWiU nosić numer 30.11.33.0 (pełnomorskie łodolamacze), wobec czego ich dostawa będzie objęta stawką VAT 0%. Zamawiający powołał się też na art. 83 ust. 1 ustawy o VAT, mówiący o stawce 0% dla dostaw pełnomorskich łodolamaczy PKWiU 30.11.33.0. Zamawiający tym samym odwołał się do dokumentu, którego w toku postępowania nie ujawnił. Ponadto interpretacja wymieniona w informacji o odrzuceniu oferty nie uzasadniała prawidłowości działania Odwołującego.

Co jednak istotniejsze w sprawie, w uzasadnieniu swojej czynności Zamawiający przywołał orzecznictwo KIO w zakresie odwróconego podatku VAT, przypisując odpowiedzialność

za należyte zbadanie tej kwestii Zamawiającemu, a nie wykonawcom: KIO 1462/17: „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”.

W istocie, to na Zamawiającym ciążyło ustalenie, czy dojdzie do odwrotnego obciążenia VAT, a art. 91 ust. 3a Pzp ma wymiar wyłącznie informacyjny. Stanowisko KIO

w tym zakresie jest jednolite i przytoczyć można choćby następujące orzeczenia:

- 1.KIO 339/17: Niewłaściwe wypełnienie przez wykonawcę pozycji formularza ofertowego, związane z wykonaniem ciężącego na wykonawcy obowiązku informacyjnego w stosunku do zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego, nie jest obwarowane sankcją odrzucenia oferty.
- 2.KIO 170/17: Obowiązek wynikający z dyspozycji przepisu art. 91 ust. 3a Pzp, ma jedynie charakter informacyjny. W związku z powyższym zamawiający

nie ma możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta takiej informacji nie przedstawia, albowiem kwestie związane z powstaniem u zamawiającego obowiązku podatkowego, wynikają wprost z innej ustawy, tj. ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tzw. ustawy o VAT) (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.). To na zamawiającym spoczywa obowiązek prawidłowego ustalenia zakresu przedmiotowego oferty, który podlega, tzw. odwróconemu VAT, i w tym zakresie w razie wątpliwości zamawiający ma prawo skorzystać z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty.

- 3.KIO 2821/15: Mając na uwadze racjonalność ustawodawcy, art. 91 ust. 3a Pzp należy czytać jako całość, a jego wykładnia prowadzi do wniosku, iż wymóg złożenia informacji o tym, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca składa ofertę, której wybór prowadziłby do powstania takiego obowiązku u zamawiającego.
- 4.KIO 2432/15: Przepis art. 91 ust. 3a Pzp nie może zwalniać zamawiającego ze znajomości przepisów prawnopodatkowych i stawiać go w pozycji podmiotu, który spełnienie własnych obowiązków podatkowych uzależnia od oświadczenia wykonawcy. Powołany przepis ma charakter jedynie informacyjno-pomocniczy i nie wpływa na ostateczne, ukształtowanie obowiązku podatkowego.

Z powyższego niezbicie wynika, że obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT leży po stronie Zamawiającego, który musi znać ogólny koszt zamówienia, aby móc porównać oferty. Zamawiający w przedmiotowej sprawie ustalił, że stawka VAT wynosi 0%, wobec czego wybór którejkolwiek ze złożonych w niniejszym postępowaniu ofert (każda z nich pochodząca od wykonawcy mającego siedzibę w Unii Europejskiej) nie doprowadzi do obciążenia Zamawiającego podatkiem VAT.

Korespondencja Zamawiającego z Odwołującym po złożeniu oferty nie mogła doprowadzić do zmiany stawki podatku VAT wskazanej w ofercie, a podana przez Odwołującego w formularzu oferty stawka 0% była zbieżna z ustaleniami Zamawiającego co do odwrotnego obciążenia VAT: 0%. Odwołującemu nie było wiadome, na jakiej podstawie Zamawiający zażądał wskazania podstawy prawnej kwalifikacji przedmiotu zamówienia z punktu widzenia VAT, skoro Zamawiający przyznał, że to on był zobowiązany ustalić tą okoliczność.

W efekcie Zamawiający skierował do mającego siedzibę za granicą wykonawcy zapytania o kwestie, na które znał odpowiedź, która to odpowiedź była ugruntowana w interpretacji wydanej przez polską instytucję - zagraniczni wykonawcy mieli prawo jej nie znać.

Nie wiadomo również, dlaczego Zamawiający nie podzielił się posiadaną interpretacją z wykonawcami w ramach dokumentacji przetargowej. Jeżeli kwestia nieznaności tej interpretacji została podniesiona do takiej rangi, że doprowadziła do odrzucenia oferty Odwołującego, to należało uznać, że wskazówka co do odwrotnego obciążenia VAT powinna być elementem SIWZ i bez niej nie dało się ocenić ofert we właściwy sposób. Zamawiający nie przestawił również klasyfikacji przedmiotu zamówienia według PKWiU, mimo, że klasyfikacja ta miała znaczenie dla określenia obowiązku podatkowego, a co za tym idzie, dla prawidłowego przygotowania ofert. W takiej sytuacji zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwość do usunięcia wadę oraz dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

2. Wadium - brak przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W dokumentacji przetargowej Zamawiający nie określił wzoru gwarancji bankowej dla wadium wnoszonego w formie niepieniężnej. Odwołujący prawidłowo zabezpieczył swoją ofertę wadium w postaci gwarancji bankowej o numerze 23T2021104104 wystawionej w dniu 29 listopada 2018 r. przez Luminor Bank AS z siedzibą w Tallinie, z datą wygaśnięcia 15 lutego 2019 r. Gwarancja wadium została sporządzona w języku angielskim, ale Odwołujący załączył do niej tłumaczenie na język polski, sporządzone przez pełnomocnika Odwołującego w dniu 3 grudnia 2018 r. Zamawiający pismem z 18 stycznia 2019 r. wezwał Odwołującego do przedstawienia dokumentu gwarancji wadium, które pozwalało będzie na zaznajomienie się z rzeczywistą jej treścią, wskazując że dołączone do oferty „tłumaczenie sporządzone jest w sposób niezrozumiały i nieoddający rzeczywistej treści przedmiotowej klauzuli”. Następnie dodatkowym pismem z 21 stycznia 2019 r. (wystosowanym zanim Odwołujący zdołał odpowiedzieć na wezwanie) Zamawiający sprecyzował, jak należy przetłumaczyć klauzulę, która została zakwestionowana w wezwaniu z dnia 18 stycznia 2019 r. - Zamawiający zacytował kwestionowaną klauzulę, a następnie ją przetłumaczył wskazując, że podane przez niego brzmienie jest rzeczywistym brzmieniem tej klauzuli. Dodatkowo Zamawiający podał, że „nadal uznaje powyższe tłumaczenie za sporządzone w sposób niezrozumiały i nieoddający rzeczywistej treści przedmiotowej klauzuli zawartej w oryginalnym dokumencie gwarancji i podtrzymuje swoje wezwania z dnia 18 stycznia 2019 r.”

Wezwanie opierało się na omyłce pisarskiej o charakterze literówki polegającej na zastąpieniu słowa „zależy” słowem „należy”, która w okolicznościach tej sprawy nie miała żadnego znaczenia i nie wpływała na możliwość zrozumienia treści zobowiązania banku-gwaranta. Zarówno bowiem stwierdzenie: „Niniejsza gwarancja nie należy od Oferty” jak i stwierdzenie: „Niniejsza gwarancja nie zależy od Oferty” oznaczało to samo w kontekście dalszej części klauzuli: „Nasze zobowiązania związane z niniejszą umową nie podlegają żadnym roszczeniom lub zarzutom wynikającym z Oferty. Wszelkie odniesienia w niniejszej gwarancji na Ofertę, dokonywane są tylko w celu jej identyfikacji” - gwarancja była zatem niezależna od samej oferty. Zwykła wykładnia językowa tej klauzuli była czytelna: gwarancja bankowa jest ważna, bez względu na to, czy ważna jest oferta.

Zamawiający wskazywał, że tłumaczenie dokumentu wadium nie oddawało dokładnie jego oryginalnej treści, ale nie

wiadomo, z czego wynikał taki pogląd Zamawiającego – skoro był on w stanie ocenić jakość tłumaczenia, to musiał ze zrozumieniem zapoznać się z treścią spornej klauzuli w języku angielskim. Wezwanie z 18 stycznia 2019 r. sprecyzowane w dniu 21 stycznia 2019 r. wyraźnie dotyczyło wyłącznie jednej klauzuli zawartej w treści gwarancji, którą Zamawiający sam skorygował, żądając następnie przetłumaczenia jej w taki sam sposób przez Odwołującego.

Pismem z 24 stycznia 2019 r., Odwołujący przetłumaczył kwestionowaną klauzulę w sposób określony przez Zamawiającego i dodatkowo wyjaśnił, co ona oznacza. Faktem jest, że Odwołujący do pisma z 24 stycznia 2019 r. załączył tłumaczenie pierwotnie uzyskanej do tego postępowania gwarancji wadialnej, której ostatecznie w związku ze zmianą terminu składania ofert nie mógł złożyć. Oba dokumenty nie różniły się jednak od siebie treścią klauzul. Nie sposób zatem przyjąć argumentacji Zamawiającego, że tłumaczenie gwarancji wadialnej wzbudziło jego wątpliwości. Zamawiający znał i rozumiał treść otrzymanej gwarancji bankowej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Uudenkaupungin Työväne

Oy z siedzibą w Uusikaupunki do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, w tym z wykazaniem interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił wskazany wykonawca.

Izba ustaliła, że istotne dla sprawy okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania, wskazywane przez Odwołującego w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie, znajdują potwierdzenie w dokumentacji postępowania i nie są sporne. Rozpoznając niniejszą sprawę Izba w szczególności oparła się na treści dokumentacji Postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego.

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

Zarzuły naruszenia:

1.art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a Pzp przez przyjęcie, że nieprawidłowe wypełnienie w formularzu ofertowym informacji o ewentualnym powstaniu po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny obwarowany sankcją odrzucenia oferty,

2.art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez przyjęcie, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, mimo że gwarancja wadialna należyście zabezpieczała interesy Zamawiającego i była zgodna z wymogami przetargu,

potwierdziły się.

Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Przepis ten stanowił jedną z podstaw prawnych odrzucenia oferty Odwołującego. Podstawę faktyczną stanowiło stwierdzenie Zamawiającego, że „Wykonawca zaoferował błędną stawkę podatku VAT. Zgodnie z wyraźnymi oświadczeniami, złożonymi odpowiednio w wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2019 r. oraz z dnia 13 lutego 2019 r., Wykonawca wskazał, że właściwą, zaoferowaną przez niego stawką VAT jest stawka 23%”. Izba uznała, że czynności Zamawiającego, jak również wyciągnięte przez niego wnioski i ich skutki były nieprawidłowe.

Art. 91 ust. 3a Pzp stanowi, że 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. Z literalnego brzmienia przytoczonego przepisu wynika, że ustalenie prawidłowej stawki VAT w sytuacji opisanej w tym przepisie jest obowiązkiem zamawiającego - to zamawiający ma doliczyć do ceny oferty wykonawcy deklarującego, że jej wybór będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku VAT. Obowiązki wykonawcy wynikające z art. 91 ust. 3a Pzp to łącznie:

1.poinformowanie zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego,

2.wskazanie nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego,

3. wskazanie wartości towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego, bez kwoty podatku.

Wskazane wyżej obowiązki w przedmiotowej sprawie zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący wypełnili prawidłowo. Odwołujący w punkcie 13 formularza ofertowego poinformował Zamawiającego o powstaniu obowiązku podatkowego w przypadku wyboru jego oferty. Określenie rodzaju towaru wynikało zarówno z formularza ofertowego jak i Opisu przedmiotu zamówienia. Punkt 1 formularza ofertowego zawierał cenę netto i równą jej cenę brutto oraz informację o stawce VAT – 0%. Zamawiający z kolei ustalił, że prawidłową stawką VAT jest 0%, a biorąc pod uwagę, że opierał się m. in. na interpretacji podatkowej z 13 listopada 2017 r. przyjąć należy, że powyższa stawka była znana Zamawiającemu jeszcze przed wszczęciem postępowania.

Mimo tego Zamawiający zdecydował się na wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień – tj. wezwanie do wskazania podstawy prawnej zadeklarowania tzw. odwrotnego obciążenia podatkiem VAT. Skoro stawka VAT zadeklarowana w ofercie Odwołującego – 0% była według ustaleń Zamawiającego prawidłowa, to zaznaczenie przez Odwołującego odpowiedzi „Tak” w punkcie 13 formularza nie miało żadnego znaczenia zarówno dla ceny oferty jak i kwestii możliwości powstania po stronie Zamawiającego faktycznego obowiązku zapłaty podatku. Niezależnie od tego czy obowiązek by powstał, czy też nie, Zamawiający nie poniósłby dodatkowego wydatku w stosunku do ceny wynikającej z oferty Odwołującego.

Oceniając treść odpowiedzi Odwołującego z dnia 24 stycznia 2019 r. oraz z dnia 13 lutego 2019 r. Zamawiający błędnie uznał, że wykonawca jest zdolny do skutecznej zmiany treści złożonej oferty w drodze złożenia wyjaśnień. W efekcie stwierdził, że Odwołujący w swej ofercie, mimo jej jasnego brzmienia, przyjął stawkę VAT na poziomie 23%.

W ocenie Izby nie ma podstawy do uznania że dopuszczalne i skuteczne jest dokonanie modyfikacji treści oferty w wyniku złożenia wyjaśnień jej treści. Uznanie takiej możliwości

za prawidłowe działanie prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca, który złożył ofertę

z błędną stawką VAT, mógłby dokonać odpowiedniej poprawy oferty. Stanowiłoby to między innymi rażące naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców. Z tego względu, mimo, że Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał,

że prawidłowa stawka VAT w jego ofercie to 23%, a nie 0%, Zamawiający nie miał podstaw, by uznać, że stawka VAT w ofercie Odwołującego jest inna niż wskazana w formularzu ofertowym. Wobec powyższego nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Powodem odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp były wątpliwości Zamawiającego związane z tłumaczeniem na język polski jednej z klauzul anglojęzycznej gwarancji wadialnej.

Odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję bankową o numerze 23T2021104104 wystawioną przez Luminor Bank AS z siedzibą w Tallinie. Sporna klauzula („This guarantee

is independent of the Offer. Our undertaking hereunder is not subject to any claims

or defences arising from the Offer. Any reference in this guarantee to the Offer is made only for the purpose of identifying it”) w załączonym przez Odwołującego tłumaczeniu brzmiała: „Niniejsza gwarancja nie zależy od Oferty. Nasze zobowiązania związane z niniejszą umową nie podlegają żadnym roszczeniom lub zarzutom wynikającym z Oferty. Wszelkie odniesienia w niniejszej gwarancji na Ofertę dokonywane są tylko w celu jej identyfikacji”.

Wezwanie z 18 lutego 2019 r. jakie Zamawiający wystosował do Odwołującego w zakresie dotyczącym gwarancji wadialnej brzmiało:

„Wykonawca wraz z ofertą złożył gwarancję bankową zabezpieczającą wadium. Gwarancja ta sporządzona jest w języku angielskim i załączono do niej tłumaczenie na język polski, sporządzone przez pełnomocnika Wykonawcy. W treści tłumaczenia dokumentu gwarancji zamieszczono następującą klauzulę:

„Niniejsza gwarancja nie należy do oferty. Nasze zobowiązania związane z niniejszą umową nie podlegają żadnym roszczeniom lub zarzutom wynikającym z oferty. Wszelkie odniesienia do niniejszej gwarancji na ofertę dokonywane są tylko w celu jej identyfikacji.”

Powyższe tłumaczenie sporządzone jest w sposób niezrozumiały i nieoddający rzeczywistej treści przedmiotowej klauzuli zawartej w oryginalnym dokumencie gwarancji. Z uwagi na fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego co do zasady prowadzone jest

w języku polskim (art. 9 ust. 2 ustawy Pzp), Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa Wykonawcę do przedstawienia tłumaczenia dokumentu gwarancji wadialnej, które pozwalało będzie na zaznajomienie się z rzeczywistą jej treścią”.

W dniu 21 lutego 2019 r. Zamawiający dokonał sprostowania wezwania z 18 lutego 2019 r.:

„Działając w imieniu Zamawiającego, w nawiązaniu do wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, skierowanego dnia 18 stycznia 2019 r., Zamawiający wskazuje, że w treści przytoczonego tam tłumaczenia jednej z klauzul zawartych w załączonej do oferty gwarancji wadialnej, znajduje się omyłka pisarska. Jak wskazano w treści wezwania, tłumaczenie brzmi następująco:

„Niniejsza gwarancja nie należy do oferty. Nasze zobowiązania związane z niniejszą umową nie podlegają żadnym roszczeniom lub zarzutom wynikającym z oferty. Wszelkie odniesienia do niniejszej gwarancji na ofertę dokonywane są tylko w celu jej identyfikacji” w sytuacji, gdy tłumaczenie w rzeczywistości brzmi:

„Niniejsza gwarancja nie zależy od oferty. Nasze zobowiązania związane z niniejszą umową nie podlegają żadnym roszczeniom lub zarzutom wynikającym z oferty. Wszelkie odniesienia do niniejszej gwarancji na ofertę dokonywane są tylko w celu jej identyfikacji.”

Niezależnie od powyższego, Zamawiający nadal uznaje powyższe tłumaczenie

za sporządzone w sposób niezrozumiały i nieoddający rzeczywistej treści przedmiotowej klauzuli zawartej w oryginalnym dokumencie gwarancji i podtrzymuje swoje wezwanie z dnia 18 stycznia 2019 r.”

Zamawiający uzasadniając dokonaną czynność odrzucenia oferty Odwołującego wskazał

w piśmie procesowym: „Zwrócić należy uwagę, że treść przytoczonego tłumaczenia nie pozwala na zrozumienie rzeczywistego brzmienia gwarancji, a tym bardziej, na zajęcie stanowiska, że gwarancja będzie mogła zostać skutecznie uruchomiona w wypadku ziszczenia się ku temu odpowiednich przesłanek. Konstrukcja tego trzydziestego oświadczenia zawiera określenia i zwroty nieodpowiadające zasadom języka polskiego („nie zależy od oferty”, „odniesienia na ofertę”), która czyni je finalnie niezrozumiałymi. Ponadto, niezrozumiałe jest, do jakiej „umowy” odwołuje się gwarancja zgodnie z zaferowanym tłumaczeniem. Analiza tak skonstruowanego tłumaczenia, doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że nie może ono oddawać rzeczywistej treści tłumaczonej klauzuli, zakładając, iż treść tekstu oryginalnego jest sporządzona w poprawny językowo sposób. Nie znaczy to bynajmniej, że Zamawiający wiedział jaka jest rzeczywista treść przedmiotowej klauzuli w języku angielskim, a tym bardziej, że mógł poprzestać na zaakceptowaniu tego typu tłumaczenia, zwłaszcza w świetle art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, postępowanie prowadzi się w języku polskim”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do wniosku, że Zamawiający w żaden sposób nie wskazał Odwołującemu przyczyn, dla których sporne tłumaczenie jest niezrozumiałe i budzi wątpliwości. W szczególności jednak nie zostało uzasadnione dlaczego tłumaczenie przedmiotowej klauzuli załączone do oferty zostało przez Zamawiającego uznane za podstawę do stwierdzenia, że gwarancja wadialna nie jest skuteczna i nie spełnia wymogów Pzp. Wobec treści przytoczonego wyżej fragmentu pisma procesowego Izba nie dała wiary stanowisku Zamawiającego jakoby nie rozumiał znaczenia oryginalnego, angielskiego tekstu spornej klauzuli.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący 24 lutego 2019 r. przedstawił tłumaczenie gwarancji bankowej nr 23T2021104103 wystawionej przez Bank Luminor AS z siedzibą w Tallinie. Tłumaczenie klauzuli, której dotyczyło wezwanie Zamawiającego brzmiało: „Gwarancja jest niezależna od Oferty. Nasze zobowiązanie z niniejszej Gwarancji nie podlega żadnym roszczeniom ani zabezpieczeniom wynikającym z Oferty. Wszelkie poczynione w niniejszej gwarancji odniesienia do oferty służą wyłącznie jej określeniu”.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w uzasadnieniu dokonanej czynności wskazał m. in.:

„W pierwszej kolejności wskazać należy, że wspomniany załącznik nr 3, nie jest tłumaczeniem gwarancji załączonej przez Wykonawcę do oferty. Tłumaczenie dotyczy bowiem gwarancji wadialnej:

- 1.o innym numerze niż złożona wraz z ofertą (z ofertą złożono gwarancję nr 23T2021104104, a w wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2019 r. o numerze 23T2021104103,
- 2.o innej dacie wygaśnięcia (z ofertą złożono gwarancję wadialną z datą wygaśnięcia określoną na dzień 15 lutego 2019 r., a w wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2019 r. z datą wygaśnięcia określoną na dzień 31 stycznia 2019 r.),
- 3.o innej dacie wystawienia (z ofertą złożono gwarancję wadialną z datą wydania określoną na dzień 29 listopada 2018 r., a w wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2019 r. z datą wydania określoną na dzień 7 listopada 2018 r.).

Ponadto, tłumaczenie gwarancji wadialnej załączone do wyjaśnień z dnia 24 stycznia 2019 r., zostało podpisane jedynie przez p. M. M., mimo, że w treści wyjaśnień oraz na samym tłumaczeniu widnieje informacja, że sporządzono je w biurze tłumaczeń SkrivaneK Sp. z o.o. Z uwagi na powyższe, Zamawiający, nie ma możliwości, aby zgodnie

z celem wezwania Wykonawcy z dnia 18 stycznia 2019 r. zapoznać się z autentycznym tekstem klauzuli zamieszczonej w gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą”.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W ocenie Izby przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego

na podstawie przytoczonego przepisu nie zostały wypełnione. Zamawiający zarówno w treści wezwań z 18 i 21 lutego 2019 r., jak też w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego

i piśmie procesowym w żaden sposób nie wskazał, co uznał za podstawę do stwierdzenia, że gwarancja bankowa złożona przez Odwołującego była nieprawidłowa czy wadliwa. Zamawiający konsekwentnie wskazywał na bliżej nieokreślone wątpliwości dotyczące tłumaczenia fragmentu gwarancji, nie dążył jednak do wyjaśnienia kwestii skuteczności przedmiotowej gwarancji. Odpowiedź, której 24 lutego 2019 r. udzielił Odwołujący w pełni korespondowała z zadanymi mu 18 i 21 lutego 2019 r. pytaniami.

Wątpliwości zamawiającego nie stanowią samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy w świetle art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Jest nią dopiero stwierdzenie, że wykonawca

nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy. W ocenie Izby Zamawiający nie dążył do weryfikacji skuteczności gwarancji bankowej nr 23T2021104104. Swoje zarzuty oparł na kwestiach związanych z jej tłumaczeniem, ale to oryginalny dokument stanowi zabezpieczenie oferty i to oryginalny dokument powinien podlegać ocenie w zakresie skuteczności wniesionego wadium. O ile zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w języku polskim, to w przedmiotowej sprawie Zamawiający znał lub bez trudności mógł poznać znaczenie spornej klauzuli w oparciu o tekst angielski.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp oraz § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Izba uznała, że został on podniesiony po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Izba nie stwierdziła również wypełnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....