Sygn. akt: KIO 1654/19

WYROK

z dnia 10 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez AMW SINEVIA

Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim,

przy udziale wykonawcy G-INVEST AG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1654/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego - AMW SINEVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim kwotę 3 599 zł 99 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1654/19

Zamawiający - AMW SINEVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych, sanitarnych i elektrycznych w ramach zadania 42425 - Budowa sieci kanalizacji deszczowej, zbiorników retencyjnych, rowów, przepompowni wód deszczowych, przyłącza energetycznego oraz w ramach zadania 42440 - Remont dróg wewnętrznych w m. Niedźwiedź (znak postępowania: SVA/J/4620-58/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lipca 2019 r. pod numerem 573374 - N - 2019.

W dniu 26 sierpnia 2019 r. wykonawca Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty G-INWEST AG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie [dalej „G-INVEST"] jako oferty najkorzystniejszej,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty G-INVEST pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na brak wskazania przez G-INWEST wysokości stawki podatku VAT oraz związaną z tym faktem niemożnością wyliczenia ceny ofertowej brutto, czyli w konsekwencji błędu w obliczeniu ceny ofertowej brutto. Jak również niedopuszczalne prowadzenie między Zamawiającym a G-INVEST negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie stawki podatku VAT a w konsekwencji dokonanie w tym zakresie zmiany w treści oferty G-INVEST,

3. art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór oferty G-INVEST, pomimo faktu, iż powinna ona zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, przez co Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jak również wybrał ofertę nieporównywalną.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości, i

2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, i

3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, i

4. odrzucenie oferty G-INWEST, i

5. wybór oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, że Zamawiający w wyniku złożonych przez G-INWEST wyjaśnień z dnia 13.08.2019 r. uznał, iż G-INWEST zastosował podatek VAT 23% i na podstawie w/w wyjaśnień wyliczył cenę ofertową brutto G-INWEST, co oznacza, że Zamawiający przeprowadził z G-INWEST niedopuszczalne negocjacje dotyczące złożonej oferty, w wyniku których dokonał zmiany treści oferty G-INWEST.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

1. Zgodnie z zapisem Części XI ust. 5 SIWZ w formularzu oferty Zamawiający wymagał podania ceny netto i stawki podatku VAT za wykonanie zamówienia,

2. Zgodnie z brzmieniem Część XI ust. 4 SIWZ - ofertę należy złożyć zgodnie z formularzem oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ,

3. Zgodnie z zapisem w Części XII ust. 2 pkt 2) SIWZ Wykonawcy 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,

4. Zgodnie z zapisem w Części XII ust. 4 SIWZ Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia,

5. Zgodnie z zapisem w Części XII ust. 5 SIWZ Wykonawca podaje cenę ofertową za

wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z Formularzem oferty i kosztorysem ofertowym,

6. Zgodnie z Częścią XIV ust. 1 SIWZ oferty będą oceniane wg jedynego kryterium - cena ofertowa brutto - 100%. Zamawiający uzna za najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu o najniższej cenie ofertowej brutto za wykonanie zamówienia,

7. Zgodnie z Częścią XIV ust. 1 SIWZ punkty w kryterium „cena ofertowa brutto" wyliczane będą na podstawie wzoru w którym zarówno w liczniku, jak i mianowniku należy wpisywać ceny ofertowe brutto,

8. W ust. 3 Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający wymagał wskazania wysokości stawki podatku VAT i w tym celu zostawił wykropkowane miejsce na wpisanie obowiązującej stawki podatku VAT i dodał dyspozycję o treści: „Proszę wpisać wysokość stawki podatki VAT obowiązujący w przedmiotowym zadaniu, który będzie doliczony w celu oceny ofert".

Tymczasem G-INWEST w ust. 3 Formularza oferty nie wskazał wymaganej zapisami SIWZ stawki podatku VAT, gdyż w wykropkowane miejsce wpisał poziomą kreskę przed oznaczeniem procent.

Zamawiający pismem z dnia 13.08.2019 r. zwrócił się w pkt II w/w pisma do G-INWEST z prośbą o wyjaśnienie co oznacza wskazana w ust. 3 formularza oferty stawka podatku VAT w wysokości -%.

G-INWEST w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przyznał, iż w miejsce wysokości stawki podatku VAT podał „-%" co wynikało z zastosowania odwróconego obowiązku podatkowego i że G-INWEST nie dokona bezpośrednio płatności podatku VAT. G-INWEST wyjaśnił też, że okoliczność, iż w sprawie powinna być zastosowana stawka 23% (a nie inna) podatku VAT ma charakter oczywisty i że właściwą stawką podatku VAT obowiązującą w przedmiotowym postępowaniu, która winna być doliczona w celu oceny ofert, to stawka 23% VAT.

Zamawiający w dniu 21.08.2019 r. zamieścił na platformie zakupowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez G-INWEST i wskazał w kolumnie 3 tabeli podającej wyniki punktowe - cytat: „Liczba punktów w kryterium C - cena brutto oferty - 100% (100 pkt)".

Jak wynika z powyżej przedstawionego stanu faktycznego, G-INWEST złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał wskazania w Formularzu oferty wysokości stawki podatku VAT, co wielokrotnie artykułował zapisami SIWZ oraz Formularza oferty. G-INWEST wpisując w Formularzu oferty w ust. 3 znak: „-„ przed symbolem procent nie wskazał wymaganej wielkości stawki VAT. Nie można zgodzić się z wyjaśnieniami G-INWEST, iż okoliczność, że powinna być zastosowana stawka VAT w wysokości 23% (a nie inna) podatku VAT ma charakter oczywisty. Wykonawca zobowiązany był również do podania wysokości stawki VAT bez względu na to, czy obowiązuje odwrócony VAT, czy też nie. Błędu tego, czyli wskazania wymaganej wysokości podatku VAT nie można sanować w oparciu art. 87, gdyż wskazanie stawki VAT po złożeniu oferty stanowi niedopuszczalną zmianę jej treści. Również samodzielne wyliczenie przez Zamawiającego wysokości oferty brutto bez wskazania wysokości stawki VAT przez G-INWEST stanowi zmianę treści oferty i naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyżej przedstawionego stanu faktycznego i prawnego oferta złożona przez G-INWEST winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z powyższego uzasadnienia i stanu faktycznego zawartego w dokumentacji przedmiotowego postępowania nie ulega wątpliwości fakt naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty G-INWEST pomimo faktu naruszenia przepisów ustawy Pzp, niezgodności oferty z treścią SIWZ, błędu w wyliczeniu ceny oraz nieuprawnionej zmiany treści oferty. Zakwestionowane działania i zaniechania Zamawiającego doprowadziły w rezultacie do wyboru oferty nieporównywalnej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 września 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu ma zastosowanie odwrócony obowiązek podatkowy, co wynika z postanowień części III pkt 8 SIWZ, oraz z postanowień sekcji II.9 ogłoszenia

o zamówieniu. Informacja, że w przedmiotowym postępowaniu ma zastosowanie odwrócony obowiązek podatkowy została zawarta również w pkt 3 Formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ oraz w projekcie umowy podwykonawczej (§1 ust. 2 umowy, gdzie wskazano, że Wykonawca pozostaje generalnym wykonawcą inwestycji objętej Umową, a Podwykonawca pozostaje podwykonawcą). Dalej Zamawiający wskazał, iż z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp wynika, że wykonawca ma obowiązek: 1) poinformować zamawiającego czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, 2) wskazać rodzaj towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego oraz

3) wskazać wartość bez kwoty podatku.

Zamawiający podał, że obowiązki opisane powyżej zostały przez G-INVEST zrealizowane, a mianowicie w pkt 13 formularza oferty G-INVEST oświadczył, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie

z przepisami ustawy z dn. 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Ponadto, w pkt 13 formularza oferty G-INVEST wskazał rodzaj usług, których świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego (tj. wg PKWiU 42.11.20.0 wykonanie robót budowlanych, sanitarnych i elektrycznych w ramach zadania 42425 - Budowa sieci kanalizacji deszczowej, zbiorników retencyjnych, rowów, przepompowni wód deszczowych, przyłącza energetycznego oraz w ramach zadania 42440 - Remont dróg wewnętrznych w m. Niedźwiedź"). G-INVEST wskazał również wartość oferty bez kwoty podatku - w pkt 3 formularza oferty. Tym samym w ocenie Zamawiającego nie można zatem uznać, że G-INVEST uchybił któremukolwiek z ww. obowiązków.

Jednocześnie Zamawiający zauważył, że zgodnie z częścią XIII pkt 5 SIWZ, wykonawca podaje cenę ofertową za wykonanie zamówienia zgodnie z Formularzem oferty i kosztorysem ofertowym z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W formularzu ofertowym w pkt 3 wykonawcy zostali zobowiązani do podania jedynie ceny netto („cena

netto.....zł"). Oferta G-INVEST w zakresie zaoferowanej ceny została podana jako cena

netto i odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 3a zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek doliczenia do przedstawionej ceny podatku od towaru i usług spoczywa na Zamawiającym.

Zdaniem Zamawiającego, pomimo tego, że w pkt 3 formularza oferty G-INVEST przy stawce podatku VAT wpisał „-„ okoliczność ta nie miała znaczenia dla ustalenia wysokości podatku VAT jaki powinien doliczyć Zamawiający. Albowiem w związku z tym, że G-INVEST w pkt 13 formularza oferty wskazał dokładnie tytuł powstania obowiązku podatkowego, posługując się w tym celu odpowiednim kodem w polskiej klasyfikacji wyrobów i usług (PKWiU

42.11.20.0) oraz częścią opisową, nie było wątpliwości co do wysokości obowiązującej stawki

podatku VAT (23%).

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że pismem z dn. 13.08.2019 r. wezwał GINVEST w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, G-INVEST pismem z dn. 13.08.2019 r. potwierdził (w ślad za złożoną ofertą), że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. G-INVEST wyjaśnił również, że wpisanie „-„ w miejsce stawki podatku VAT „miało oznaczać wyłącznie to, że wskutek zastosowania „odwróconego obowiązku podatkowego" G-INVEST nie dokona bezpośrednio płatności podatku VAT (tj. G-Invest nie będzie bezpośrednio rozliczał podatku VAT i faktycznie nie dokona zapłaty tego podatku w związku z odwróconym obowiązkiem podatkowym)".

Zdaniem Zamawiającego, z powyższego wynika jednoznacznie, że już w treści oferty G-INVEST wskazał wprost, że wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, oraz podał rodzaj usługi według PKWiU (który wskazuje wprost na obowiązującą w tym zakresie stawkę podatku VAT). Wyjaśnienia złożone przez G-INVEST potwierdziły ww. okoliczności i nie stanowiły zmiany treści oferty (na skutek złożonych wyjaśnień nie doszło do zmiany ceny ofertowej netto podanej w pkt 3 formularza oferty, czy też nawet do zmiany stawki podatku VAT, którą to stawkę i tak nalicza oraz rozlicza Zamawiający a została ona pośrednio wskazana w punkcie 13 formularza oferty).

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wobec zastosowania odwróconego obowiązku podatkowego, formularz ofertowy w pkt 3 w miejscu gdzie nakazuje podanie stawki podatku VAT który będzie doliczony w celu oceny ofert, mógł wprowadzić G-INVEST w błąd (skoro w takim przypadku wartość podatku VAT nie jest doliczana do ceny i nie jest wypłacana

wykonawcy, a cena płacona wykonawcy pozostaje zawsze ceną netto). Okoliczność ta jednak tym bardziej nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy - wszelkie bowiem niejednoznaczności i wątpliwości co do treści SIWZ i jej załączników, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy - to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za tego typu ewentualne niejasności.

Zamawiający wskazał także, że nawet gdyby uznać, iż oferta G-INVEST zawierała niezgodności z treścią SIWZ (choć Zamawiający temu zaprzecza), to oferta G-INVEST nie podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na możliwość zastosowania mechanizmu przewidzianego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, ewentualne dokonanie poprawek w ofercie w zakresie stawki podatku VAT, w tym stanie faktycznym i prawnym nie stanowi istotnej zmiany w treści oferty. Stawka podatku VAT, która nie została wyraźnie wskazana przez G-INVEST w pkt 3 formularza oferty jest podatkowo neutralna dla Zamawiającego, który jest zarejestrowanym podatnikiem czynnym VAT i nie jest realnym kosztem dla Zamawiającego. Ponadto, stawka podatku VAT jest niezależna od woli stron, w szczególności niezależna od woli wykonawcy - wynika ona wprost z przepisów prawa, z przepisów prawa wynika również procedura naliczania i rozliczania tego podatku. Z tego też względu - wskazanie przez G-INVEST kodu PKWiU dla oferowanych usług (w pkt 13 formularza oferty), determinowało zastosowanie ściśle określonej stawki VAT(pomimo tego, że nie została ona wskazana wprost w pkt 3 formularza oferty). Ponadto, jak wskazano powyżej, zgodnie z częścią XIII pkt 5 SIWZ, wykonawca zobowiązany był podać cenę ofertową za wykonania zamówienia zgodnie z Formularzem oferty, a w formularzu ofertowym w pkt 3 wykonawcy zostali zobowiązani do podania ceny netto. Z powyższego wynika, że istotna dla Zamawiającego była cena netto, a wskazanie stawki podatku VAT nie wprowadzało zmian w zakresie tak zaoferowanej ceny, którą wykonawca zobowiązany był podać w kwocie netto.

Nadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z częścią XIII pkt 5 SIWZ, wykonawca podaje cenę ofertową za wykonanie zamówienia zgodnie z Formularzem oferty i kosztorysem ofertowym z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W formularzu ofertowym w pkt 3 wykonawcy zostali zobowiązani do podania jedynie ceny netto („cena netto zł"). Obowiązek podania ceny netto został wskazany również w części XIII pkt 2.2) SIWZ. G-INVEST wskazał jednoznacznie cenę netto, zgodnie z treścią formularza ofertowego. Z tego też względu nie można uznać, aby doszło do błędnego obliczenia ceny (skoro w niniejszym postępowaniu obliczenie ceny polegało na podaniu ceny netto). Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż nie doszło do błędnego obliczenia ceny przez G-INVEST także z tego względu, iż G-INVEST w ogóle nie wskazał błędnej stawki podatku VAT (która miałaby prowadzić do błędu w obliczeniu ceny). W pkt 13 formularza oferty poprzez podanie kodu PKWiU oferowanych usług G-INVEST wskazał na wysokość stawki podatku VAT jaka w sprawie będzie miała zastosowanie, która to stawka wynika z przepisów prawa (tj. 23%). Podany przez G-INVEST kod PKWiU (który determinuje wysokość stawki podatku VAT) pozostaje niezmienny (G-INVEST nie dokonywał w tym zakresie żadnych modyfikacji).

W końcu Zamawiający wskazał, że z powyższych względów, nie mogło w niniejszym postępowaniu dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 27 sierpnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę G-INVEST AG Sp. z o.o. Sp. k. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 30 sierpnia 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację

postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz ofertę wykonawcy G-INVEST wraz z wyjaśnieniami z dnia 13 sierpnia 2019 r. złożonymi w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 września 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W części III ust. 8 SIWZ Zamawiający wskazał, że w związku z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 z późn. zm.), obowiązującymi od dnia 1 stycznia 2017 r. w zakresie odwróconego obowiązku podatkowego (art. 17 ust. 1 pkt 8 ustawy o VAT), Zamawiający informuje, że w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia 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 Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z częścią XI ust. 4 SIWZ, ofertę należało złożyć zgodnie z formularzem oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z częścią XI ust. 5 SIWZ, w formularzu oferty należało podać cenę netto i stawkę podatku VAT za wykonanie zamówienia, która winna wynikać z kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy należało załączyć do oferty.

W części XIII ust. 2 pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że cenę (w celu wyboru oferty) należy wyliczyć następująco: wykonawcy, jako podwykonawcy Zamawiającego składający ofertę na usługi budowlane objęte załącznikiem nr 14 ustawy o 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.

Przez cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia należało rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1830) - część XIII ust. 3 SIWZ.

Nadto Zamawiający podał, że jeżeli w postępowaniu zostanie złożona oferta, 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. W takim przypadku wykonawca, składając ofertę, jest zobligowany poinformować Zamawiającego, że wybór jego 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.

Wykonawca zobowiązany był skalkulować cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia, tak aby obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunki stawiane przez Zamawiającego (część XIII ust. 4 SIWZ).

Wykonawca zobowiązany był podać cenę ofertową za wykonanie zamówienia zgodnie z Formularzem oferty i kosztorysem ofertowym z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (część XIII ust. 5 SIWZ).

Ust. 3 formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ brzmiał:

„Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ za cenę ofertową za wykonanie zamówienia:

Cena netto.....zł

Stawka podatku VAT w wysokości ....%* - odwrócony obowiązek podatkowy

*Proszę wpisać wysokość stawki podatku VAT obowiązujący w przedmiotowym zadaniu, który będzie doliczony w celu oceny ofert.

Zgodną z kosztorysem ofertowym uproszczonym z zestawieniem RMS - stanowiącym integralną część naszej oferty".

Z kolei ust. 13 formularza ofertowego brzmiał:

„Oświadczamy, że stosownie do art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, wybór naszej oferty: będzie*** / nie będzie*** prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2017 r. poz. 1221 z późn. zm.)

Jednocześnie wskazuję/my: nazwy (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania zgodnie z załącznikiem nr 14 do ww. ustawy

***niepotrzebne skreślić".

Wykonawca G-INVEST w ust. 3 załącznika nr 1 do SIWZ wskazał, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ za cenę netto 8 700 000 zł. Ww. wykonawca nie wskazał wysokości stawki podatku VAT, wpisując w wykropkowane miejsce „-%". Z kolei w ust. 13 formularza ofertowego ww. wykonawca wskazał: „Oświadczamy, że stosownie do art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, wybór naszej oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 z późn. zm.). Jednocześnie wskazujemy: WG PKWiU 42.11.20.0 wykonanie robót budowlanych, sanitarnych i elektrycznych w ramach zadania 42425 - Budowa sieci kanalizacji deszczowej, zbiorników retencyjnych, rowów, przepompowni wód deszczowych przyłącza energetycznego oraz w ramach zadania 42440 - Remont dróg wewnętrznych w m. Niedźwiedź".

W dniu 13 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę G-INVEST w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż mając na uwadze przepisy ustawy o podatku od towarów i usług oraz zapis sposobu obliczenia ceny w części XIII SIWZ, w której Zamawiający zaznaczył, że do ceny netto doliczy należny podatek VAT i dokona oceny ofert, oraz mając na uwadze odwrócony obowiązek podatkowy zaznaczony w ust. 3 formularza oferty, a także fakt, że w ust. 13 wykonawca wskazał, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług i jako nazwę usługi podał - „WG PKWiU 42.11.20.0 wykonanie robót budowlanych, sanitarnych i elektrycznych w ramach zadania 42425 - Budowa sieci kanalizacji deszczowej, zbiorników retencyjnych, rowów, przepompowni wód deszczowych przyłącza energetycznego oraz w ramach zadania 42440 - Remont dróg wewnętrznych w m. Niedźwiedź", proszę o wyjaśnienie co oznacza wskazana w ust. 3 formularza oferty stawka podatku VAT w wysokości -%? Nadto Zamawiający wskazał, iż w przypadku gdy oferta ww. wykonawcy jest objęta odwróconym obowiązkiem podatkowym, proszę o podanie właściwej wysokości stawki podatku VAT, obowiązującej w przedmiotowym zadaniu, która będzie doliczona w celu oceny ofert.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2019 r. wykonawca G-INVEST wyjaśnił, że:

1. w ust. 13 formularza ofertowego G-INVEST wskazał wyraźnie, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. G-INVEST wskazał również wyraźnie rodzaj usług, z którą będzie wiązać się powstanie obowiązku podatkowego, a która to okoliczność została dostrzeżona przez Zamawiającego, na co wskazuje treść wezwania,

2. w ust. 3 oferty G-INVEST wskazał: „stawka podatku VAT w wysokości -% odwrócony obowiązek podatkowy". W miejsce wysokości stawki podatku VAT podano „-%" co miało oznaczać wyłącznie to, że wskutek zastosowania „odwróconego obowiązku podatkowego" G-INVEST nie dokona bezpośrednio płatności podatku VAT (tj. G-INVEST nie będzie bezpośrednio rozliczał podatku VAT i faktycznie nie dokona zapłaty tego podatku w związku z odwróconym obowiązkiem podatkowym),

3. ewentualny wybór oferty G-INVEST będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy VAT w stawce 23%, który to podatek będzie podlegał rozliczeniu w ramach odwróconego obowiązku podatkowego przez Zamawiającego (a nie G-INVEST),

4. okoliczność, że w sprawie powinna być zastosowana stawka 23% (a nie inna) podatku VAT ma charakter oczywisty, biorąc pod uwagę, że G-INVEST określił wyraźnie z jakiego rodzaju usługą będzie wiązać się powstanie zobowiązania podatkowego. Zamawiający miał zatem wszelkie informacje niezbędne do oceny oferty, w tym także nawet samodzielnego ustalenia obowiązującej stawki podatku VAT.

Reasumując wykonawca wskazał, że właściwa stawka podatku VAT, obowiązująca w przedmiotowym zadaniu i mająca zastosowanie dla oferty G-INVEST (objętej odwróconym obowiązkiem podatkowym), która powinna być doliczona w celu oceny ofert, to stawka 23% VAT.

W dniu 21 sierpnia 2019 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy G-INVEST. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była kwestia, czy w przypadku stosowania procedury odwróconego VAT, brak wskazania przez wykonawcę wysokości stawki podatku VAT, przy jednoczesnym dopełnieniu obowiązków informacyjnych wynikających z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, czynił ofertę wykonawcy niezgodną z treścią SIWZ lub zawierającą błąd w obliczeniu ceny, jak również to, czy brak ten mógł stanowić przedmiot wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 3a 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.

Z powyższego przepisu wynika zatem, iż obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę, jest poinformowanie zamawiającego, czy wybór oferty wykonawcy będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na powyższe, wykonawca obowiązany jest dopełnić jeszcze dwóch obowiązków informacyjnych, tj. po pierwsze wskazać zamawiającemu nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego oraz po drugie wskazać ich wartość bez kwoty podatku.
Z analizowanego przepisu nie wynika obowiązek wykonawcy polegający na wskazaniu zamawiającemu właściwej stawki podatku VAT dla dostawy lub usługi będącej przedmiotem konkretnego zamówienia publicznego. Skoro bowiem w celu oceny oferty, której wybór będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, w świetle ww. przepisu zamawiający zobowiązany jest doliczyć do przedstawionej w ofercie kwoty podatek VAT, to obowiązek ustalenia właściwej stawki tego podatku obciąża zamawiającego (tak KIO w wyroku z dnia 18 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 385/19, w wyroku z dnia 5 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1085/16). Inaczej mówiąc, analizowany przepis nie zwalnia zamawiającego ze znajomości przepisów ustawy o VAT i nie daje podstaw do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności w zakresie ustalenia prawidłowej stawki podatku.

Mechanizm uregulowany w ww. przepisie polega na tym, iż to nabywca usługi lub towaru (zamawiający), a nie usługodawca lub dostawca towaru (wykonawca), jest zobowiązany do rozliczenia i odprowadzenia podatku VAT. Jednocześnie w przypadku zastosowania odwróconego obciążenia dostawca towaru lub świadczący usługę, wystawiając fakturę, nie wskazuje stawki i kwoty podatku. Zamiast tego faktura zawiera zwrot „odwrotne obciążenie".

Bezspornie w okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca G-INVEST uczynił zadość obowiązkom informacyjnym wynikającym z treści art. 91 ust. 3a ustawy Pzp oświadczając w ust. 13 formularza ofertowego, że wybór jego oferty będzie prowadził powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o VAT, podając przy tym nazwę (rodzaj) usługi wraz ze wskazaniem kodu wg PKWiU, których świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego. Ww. wykonawca w ustępie 3 formularza ofertowego podał także wartość tych usług bez kwoty podatku VAT. Wykonawca G-INVEST nie podał natomiast w ustępie 3 formularza ofertowego wysokości stawki podatku VAT wskazując w miejsce do tego przeznaczone „ - %". W wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca G-INVEST przedstawiając przyczyny wskazania w miejsce wysokości stawki podatku VAT „-%" podał, iż miało to oznaczać wyłącznie to, że wskutek zastosowania odwróconego obowiązku podatkowego G-INVEST nie dokona bezpośrednio płatności podatku VAT (tj. G-INVEST nie będzie bezpośrednio rozliczał podatku VAT i faktycznie nie dokona zapłaty

tego podatku w związku z odwróconym obowiązkiem podatkowym). Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, że okoliczność, iż w sprawie powinna być zastosowana stawka 23% (a nie inna) podatku VAT ma charakter oczywisty, biorąc pod uwagę, że G-INVEST określił wyraźnie z jakiego rodzaju usługą będzie wiązać się powstanie zobowiązania podatkowego. Zamawiający miał zatem wszelkie informacje niezbędne do oceny oferty, w tym także do samodzielnego ustalenia obowiązującej stawki podatku VAT.

W okolicznościach niniejszej sprawy warte podkreślenia jest to, że Odwołujący nie kwestionował wysokości stawki podatku VAT (23%) doliczonej przez Zamawiającego do ceny oferty wykonawcy G-INVEST, jak również nie podważał prawidłowości wskazanego przez G-INVEST kodu PKWiU wraz z nazwą usługi, której świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do uznania, iż oferta wykonawcy G-INVEST podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniemZgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Przede wszystkim podkreślić należy, iż treść oferty wykonawcy G-INVEST należy czytać całościowo z uwzględnieniem oświadczenia złożonego przez ww. wykonawcę w ust. 13 formularza ofertowego, którego treść pominął Odwołujący, skupiając się jedynie na braku wskazania przez ww. wykonawcę stawki podatku VAT w ust. 3 formularza oferty.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie okoliczność, że w ust. 3 formularza oferty G-INVEST przy stawce podatku VAT wpisał „-„ nie miała znaczenia dla leżącego po stronie Zamawiającego obowiązku ustalenia wysokości podatku VAT jaki powinien doliczyć Zamawiający do kwoty netto podanej w ofercie. Mając na uwadze, że G-INVEST w pkt 13 formularza oferty wskazał dokładnie tytuł powstania obowiązku podatkowego, posługując się w tym celu odpowiednim kodem polskiej klasyfikacji wyrobów i usług (PKWiU 42.11.20.0) oraz częścią opisową, nie było wątpliwości co do wysokości obowiązującej stawki podatku VAT (23%), niekwestionowanej zresztą przez samego Odwołującego.

Nadto Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż wobec jednoznacznego wskazania w postanowieniach SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, że w niniejszym postępowaniu ma zastosowanie odwrócony obowiązek podatkowy wynikający z art. 17 ust. 1 pkt 8 ustawy VAT, postanowienie zawarte m.in. w punkcie 3 formularza ofertowego w zakresie w jakim dotyczyło obowiązku podania przez wykonawców stawki podatku VAT, mogło wprowadzać w błąd, skoro w rzeczonym przypadku wartość podatku VAT nie jest wypłacana wykonawcy, a rozliczenie podatku VAT leży po stronie Zamawiającego. Okoliczność ta tym bardziej nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, bowiem wszelkie niejednoznaczności i wątpliwości co do treści SIWZ, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego dotyczącego ewentualnej możliwości poprawienia oferty G-INVEST w zakresie stawki podatku VAT w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby analiza wyjaśnień G-INVEST z dnia 13 sierpnia 2019 r. prowadzi do wniosku, iż działaniu wykonawcy polegającemu na wpisaniu „-„ przy stawce podatku VAT nie można przypisać omyłkowości. Wykonawca w sposób rzeczowy wytłumaczył przyczyny uzasadniające złożone przez siebie oświadczenie woli w ust. 3 formularza oferty, nie powołując się przy tym na jego omyłkowy charakter.

Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na ocenę rozpoznawanego przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp względem oferty G-INVEST.

Izba nie stwierdziła również w okolicznościach niniejszej sprawy niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji treści oferty między Zamawiającym a wykonawcą G-INVEST.

Stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Wskazać należy, iż już w treści oferty wykonawca wskazał wprost, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego oraz podał rodzaj usługi według PKWiU, który wskazuje na obowiązującą stawkę podatku VAT. Z kolei wyjaśnienia złożone przez G-INVEST potwierdziły ww. okoliczności i nie stanowiły zmiany treści oferty. Na skutek złożonych wyjaśnień nie doszło bowiem do zmiany ceny ofertowej netto podanej w pkt 3 formularza oferty, czy też nawet do zmiany stawki podatku VAT, którą to stawkę i tak nalicza oraz rozlicza Zamawiający, a która została pośrednio wskazana w punkcie 13 formularza oferty.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W końcu Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób również podzielić stanowiska Odwołującego co do błędu w obliczeniu ceny oferty wykonawcy G-INVEST. Jak wynika z treści odwołania, odwołujący się wykonawca, błąd w obliczeniu ceny upatrywał w niemożności obliczenia ceny ofertowej brutto wskutek niepodania przez ww. wykonawcę wysokości stawki podatku VAT w ustępie 3 formularza oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W przedmiotowej sprawie kluczowe znaczenie miała okoliczność, iż wykonawca w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązany był podać w formularzu oferty cenę netto, której prawidłowości wyliczenia nie kwestionował Odwołujący. Z powyższego wynika zatem, że wykonawca G-INVEST składając ofertę w niniejszym postępowaniu nie dokonywał żadnych działań matematycznych mających na celu obliczenie ceny oferty (brutto) z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT, skoro jako cenę obowiązany był podać wyłącznie kwotę netto z uwagi na to, że wybór oferty wykonawcy będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. Ponadto bezspornie wykonawca G-INVEST z tytułu realizacji zamówienia otrzyma wskazaną w ustępie 3 formularza oferty kwotę netto, a zatem inaczej niż w przypadku klasycznej sytuacji, gdzie podatek VAT jest doliczany do ceny oferty, ale płacony przez wykonawcę. Jednocześnie jak już wskazano powyżej, w świetle art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, obowiązek ustalenia prawidłowej wysokości stawki podatku VAT, a w konsekwencji przeprowadzenia działań matematycznych wynikających z konieczności doliczenia do podanej przez wykonawcę kwoty netto, kwoty podatku VAT, ciąży na zamawiającym. W świetle powyższego nie można podzielić stanowiska Odwołującego, iż wskutek niepodania przez wykonawcę G-INVEST wysokości stawki podatku VAT, brak było możliwości obliczenia ceny ofertowej brutto ww. wykonawcy dla celów porównania ofert.

Nadto zgodzić należy się z Zamawiającym, iż w niniejszej sprawie nie sposób mówić o błędzie w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy G-INVEST również z tego powodu, że ww. wykonawca nie wskazał błędnej stawki podatku VAT, a podany przez wykonawcę w ustępie 13 formularza oferty kod PKWiU wskazywał na wysokość stawki podatku VAT mającej zastosowanie w niniejszej sprawie wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na wyborze oferty wykonawcy G-INVEST z naruszeniem zasad zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp pozostających w związku z ww. przepisami ustawy Pzp, których naruszenie zarzucał Odwołujący.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 599,99 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: .....