

WYROK

z dnia 17 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska
Katarzyna Prowadzisz
Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2015 r. przez wykonawcę **Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Orange Polska Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Polkomtel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polkomtel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....
.....
.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi telefonii komórkowej wraz z dostawą urządzeń.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 września 2015 roku wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska S.A. pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- art. 7 ust. 1 oraz art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez odstąpienie przez zamawiającego od postępowania zgodnego z przyjętymi warunkami przetargu;
- z ostrożności procesowej - także zarzut naruszenia art. 12 ustawy z dnia 9 kwietnia

2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 poz. 605) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Orange Polska S.A. do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy wymienionej powyżej i tym samym wadliwe z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Orange Polska S.A.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Orange Polska S.A.;
- odrzucenie oferty Orange Polska S.A.;

3

-
- powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert skutkującym wyborem oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego
 - oraz z ostrożności procesowej – wezwanie wykonawcy Orange Polska S.A. do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została zakwalifikowana na drugiej pozycji. Zatem wadliwe zaniechanie odrzucenia oferty Orange Polska S.A. godzi w jego uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy oraz realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 4 maja 2015 roku została ogłoszona ustawa z dnia 9 kwietnia 2015r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2015 poz. 605, dalej „ustawa zmieniająca”), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 roku. Ustawa ta m.in. rozszerzyła procedurę odwróconego VAT na obrót takimi towarami jak: telefony komórkowe, w tym smartfony; komputery przenośne (tablety, notebooki, laptopy, itp.). Odwrócony VAT jest procedurą, która przewiduje, że to nabywca, a nie dostawca, zobowiązuje się do odprowadzenia podatku. Odwołujący podkreślił, że podatek należny od transakcji jest rozliczany przez nabywcę, pod pewnymi warunkami (które muszą wystąpić łącznie), tj.:

- dostawca i nabywca są czynnymi podatnikami VAT,
 - sprzedawany towar nie jest objęty zwolnieniem,
 - towar jest wymieniony w załączniku nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług w szczególności poz. 28a-28c tj. : telefony komórkowe, w tym smartfony; komputery przenośne (tablety, notebooki, laptopy, itp.) oraz konsole do gier;
 - sprzedaż towarów następuje w ramach tzw. jednolitej gospodarczo transakcji.
- Ponadto artykułem 2 ustawa zmieniająca wprowadziła do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 91 ust. 3a który otrzymał następujące brzmienie: „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

4

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". W przypadku postępowań wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 roku zastosowanie znajdował art. 12

ustawy zmieniającej nakładający na wykonawców obowiązek wezwania wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, o ile informacja ta nie wynika z treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów (Dz. U. 2011. 177.1054 ze zm. dalej „ustawa o VAT”) w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą: „W przypadku dostaw towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy przepis ust. 1 pkt 7 stosuje się, jeżeli łączna wartość tych towarów w ramach jednolitej gospodarczo transakcji obejmującej te towary, bez kwoty podatku, przekracza kwotę 20.000 zł.” Kluczowe dla prawidłowego stosowania art. 17 ust. 1c, a więc również art. 17 ust. 1 pkt 7 ustawy o VAT, jest zatem ustalenie zakresu pojęcia „Jednolita gospodarczo transakcja”. Za jednolitą gospodarczo transakcję w rozumieniu art. 17 ust. 1c ustawy o VAT zasadniczo uznaje się „transakcję obejmującą umowę, w ramach której występuje jedna lub więcej dostaw towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy, nawet jeżeli są one dokonane na podstawie odrębnych zamówień lub wystawianych jest więcej faktur dokumentujących poszczególne dostawy.” (art. 17 ust. 1d ustawy o VAT). Powyższe oznacza, że jednolitą gospodarczo transakcją jest umowa, której przedmiotem jest dostawa towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy o VAT. Powyższe z kolei oznacza, że kluczowym dla prawidłowego stosowania art. 17 ust. 1 pkt 7 ustawy o VAT jest pojęcie „umowa”, które jednak nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy o VAT. W związku z tym konieczne jest odwołanie się do rozumienia tego pojęcia w języku potocznym oraz w innych gałęziach prawa, posługujących się tym pojęciem. Odwołujący wskazał, że – za sjp.pwn.pl – umowa jest to „pisemne lub ustne porozumienie stron, mające na celu ustalenie wzajemnych praw i obowiązków; też: dokument, w którym są określone te prawa.” Natomiast na gruncie prawa cywilnego przyjmuje się, że umowa jest to stan faktyczny polegający na złożeniu dwóch lub więcej zgodnych oświadczeń woli (konsens) zmierzających do powstania, uchylenia lub zmiany uprawnień i obowiązków podmiotów składających te oświadczenia woli. Z powyższego wynika więc, że o istnieniu i kształcie (w tym również jej wartości) umowy decydują zgodne oświadczenia jej stron, a intencje (w szczególności wyrażone weryfikowalnie i wprost na piśmie) są kluczowe dla oceny istnienia jednolitej gospodarczo transakcji (umowy) i oceny jej wartości (zakresu dostaw podlegających zaliczeniu do jednolitej gospodarczo transakcji).

5

Odwołujący stwierdził, że dla prawidłowego zastosowania analizowanych przepisów kluczowe jest również ustalenie celu tych regulacji, który w uzasadnieniu do ustawy wprowadzającej przedmiotowe przepisy został określony następująco: „Niniejszy projekt ustawy przewiduje również rozszerzenie, ale i doprecyzowanie, przepisów w zakresie tzw. mechanizmu odwróconego obciążenia dla niektórych towarów (ang. *reverse charge mechanism*), w celu zapewnienia większej skuteczności i uszczelnienia systemu VAT za pomocą tego instrumentu. W związku z potwierdzeniem występowania nadużyć w rozliczaniu VAT niezbędne jest przede wszystkim objęcie tym mechanizmem kolejnych towarów. Ponadto zasadne jest wprowadzenie w zakresie tego mechanizmu zmian mających na celu pełniejszą realizację zasady neutralności i proporcjonalności podatku VAT. Ustanowienie limitu 20 000 zł dla transakcji ma na celu ułatwienie podatnikom stosowania tego limitu przez powiązanie go z transakcją zamiast np. z limitem dziennym (którego stosowanie w ocenie wyrażonej w zgłoszonych uwagach stanowiło znaczne utrudnienie). Mając jednak na względzie konieczność przeciwdziałania unikaniu stosowania mechanizmu odwróconego obciążenia (np. przez sztuczne dzielenie transakcji w celu ominięcia warunku nieprzekraczania określonej kwoty wartości transakcji), należy podkreślić, że spełnianie warunku stosowania limitu będzie podlegało obiektywnej ocenie z uwzględnieniem całokształtu występujących w danej sytuacji okoliczności. Dlatego też proponuje się wprowadzić pojęcie jednolitej gospodarczo transakcji, co pozwoli zapobiegać unikaniu zastosowania mechanizmu odwróconego obciążenia. Z powyższego wynikają wprost następujące istotne dla zastosowania przedmiotowych przepisów zamiary ustawodawcy:

- mechanizm odwrotnego obciążenia ma w założeniu prowadzić do uszczelnienia systemu VAT - a więc zastosowanie odwrotnego obciążenia jest sytuacją pożądaną przez ustawodawcę, a nie wyjątkiem postrzeganym przez ustawodawcę jako niekorzystny;

- zastosowanie owego mechanizmu powinno się odbywać z poszanowaniem zasady neutralności i proporcjonalności podatku VAT - oznacza to w szczególności, że zastosowanie mechanizmu nie powinno prowadzić do sytuacji w której podatnicy będą ponosić konsekwencje działań podmiotów trzecich na które nie wyrażali zgody i nie powinno ich narażać na nadmierne dodatkowe obciążenia administracyjne;
- ustanowienie limitu 20.000 zł dla transakcji ma ułatwić podatnikom stosowanie mechanizmu *reverse charge*;
- pojęcie jednolitej gospodarczo transakcji winno zapobiegać unikaniu zastosowania mechanizmu odwrotnego obciążenia - co potwierdza, że zastosowanie odwrotnego

6

obciążenia jest sytuacją pożądaną przez ustawodawcę, a nie wyjątkiem postrzeganym przez ustawodawcę jako niekorzystny.

Odwolujący podkreślił, że przedmiot i zakres umowy ramowej objętej s.i.w.z. bezspornie wskazuje, iż dostawy urządzeń telekomunikacyjnych w postaci telefonów komórkowych będą spełniały przesłanki do uznania, że dostawy realizowane są w ramach jednolitej gospodarczej transakcji, w konsekwencji czego w celu rozliczenia dostaw towarów zastosowanie będzie miał mechanizm odwrotnego obciążenia VAT. Za powyższym przemawia fakt, iż:

- a) zamawiający oraz dostawca są podatnikami czynnymi VAT, co potwierdza stworzona przez Ministerstwo Finansów do tego celu specjalna platforma mając na celu pomoc w identyfikacji podatników dla celów rozliczania VAT na zasadach odwróconego mechanizmu,
- b) dostarczany towar nie jest objęty zwolnieniem z VAT;
- c) telefony komórkowe stanowiące zasadniczą część zamówienia (umowy) są wymienione w załączniku nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług w szczególności poz. 28a-28c;
- d) sprzedaż towarów w świetle towarzyszących okoliczności będzie następować w ramach tzw. jednolitej gospodarczo transakcji, na co w szczególności wskazuje wartość dostawy towarów objętych mechanizmem odwróconego obciążenia, która przekroczy 20 000 zł netto.

Odwolujący podkreślił, że jego stanowisko zbieżne jest z wyjaśnieniami na stronie 14 broszury opublikowanej przez Ministerstwo Finansów pt.: „Zmiany w zakresie mechanizmu odwróconego obciążenia VAT”. W ww. opracowaniu Ministerstwo Finansów wyjaśnia, iż „Za jednolitą gospodarczo transakcję, do której stosuje się odwrócone obciążenie, należy uznać umowę o współpracę, w ramach której dochodzi do wielu dostaw (które mogą być realizowane na podstawie wielu zamówień), jeśli z zawartej umowy wynika, że kontrahenci planują w określonym horyzoncie czasowym dokonanie dostaw sprzętu elektronicznego o łącznej wartości przekraczającej kwotę 20 000 zł (wynika to bezpośrednio z zawartej umowy lub z całokształtu okoliczności jej zawarcia, co jest bezsporne dla obu stron)

- wszystkie dostawy (niezależnie od ich wartości jednostkowej) powinny być rozliczane na zasadzie odwróconego obciążenia,

7

- jeżeli zawarta umowa o współpracy nie zawiera deklaracji o wartości planowanych dostaw (jak również nie wynika to z całokształtu okoliczności jej zawarcia) - dokonywane w ramach takiej umowy dostawy powinny być oceniane indywidualnie:
- gdy wartość dostarczanych towarów przekracza 20 000 zł - rozliczenie dostawy na zasadzie odwróconego obciążenia,
- gdy wartość dostarczanych towarów nie przekracza 20 000 zł - rozliczenie dostawy

na zasadach ogólnych.

- gdy wartość dostarczanych każdorazowo towarów nie przekracza 20 000 zł, ale okoliczności realizacji dostaw mają nietypowy charakter - rozliczenie każdej z dostaw na zasadzie odwróconego obciążenia”.

Odwolujący stwierdził, iż biorąc wszystkie ww. okoliczności pod uwagę, w szczególności obowiązujące przepisy w zakresie podatku VAT oraz art. 91 ust 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wybór oferty złożonej w niniejszym postępowaniu przetargowym będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego w zakresie podatku VAT. Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy zmieniającej - zgodnie bowiem z treścią art. 13 weszła ona w życie z dniem 1 lipca 2015 roku. Natomiast ogłoszenie o wszczęciu postępowania zostało opublikowane w dniu 27 czerwca br. Zarazem w treści przywołanego już powyżej art. 12 ustawy zmieniającej przewidziano, iż: „w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy wymienionej w art. 2, wszczętego przed dniem 1 lipca 2015 r., którego przedmiot objęty jest zakresem niniejszej ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, jeżeli ta informacja nie wynika z treści oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy wymienionej w art. 1, wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku, a następnie poprawia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług”.

Odwolujący dodał, iż pismem z dnia 10 lipca 2015 roku zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. dokonał modyfikacji treści s.i.w.z., nakładając na wykonawców obowiązek przedłożenia wraz z ofertą informacji że wybór oferty wykonawcy będzie lub też nie będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego,

8

o którym mowa w ustawie zmieniającej. Wzór takiego oświadczenia został załączony do dokumentacji postępowania jako załącznik nr 7 do s.i.w.z. Zamawiający działając zatem na podstawie art. 70 i § 4 Kodeksu cywilnego w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ustanowił warunek przetargowy nakładający na wykonawców obowiązek złożenia stosownego oświadczenia (o którym mowa w art. 12 ustawy zmieniającej).

Uwzględniając powyższe okoliczności, zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 18 sierpnia 2015 roku (nr pisma BI-III-WZU.235.2015.MBI) do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Po udzielonych wyjaśnieniach zamawiający pismem z dnia 25 sierpnia 2015 roku działając na podstawie art. 12 ustawy zmieniającej dokonał poprawienia w ofercie Polkomtel cen jednostkowych oferowanych telefonów komórkowych. Zarazem w związku z brakiem złożenia przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. oświadczenia w sprawie obowiązku podatkowego, działając na podstawie art. 89 ust. a pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy jako niezgodną z s.i.w.z.

Odwolujący podniósł zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska S.A. Wykonawca ten w treści złożonej oferty (strona 64) złożył oświadczenie, zgodnie z którym wybór jego oferty nie będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku z późn. zmianami. W ocenie odwołującego jest to sytuacja, w której w złożona oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Przedłożone oświadczenie jest wadliwe, czy to wskutek niewiedzy wykonawcy lub też świadomego działania wykonawcy. Nie jest bowiem możliwym, by w odniesieniu do oferty jednego z wykonawców istniał odpowiedni obowiązek podatkowy zamawiającego, zaś w odniesieniu do oferty innego uczestnika postępowania taki obowiązek by nie powstał.

Odwolujący podniósł, iż – zgodnie z treścią art. 12 ustawy zmieniającej – wzywa się wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od

towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, jeżeli ta informacja nie wynika z treści oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy wymienionej w art. 1, wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku, a następnie poprawia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług. W niniejszym postępowaniu w odniesieniu do oferty Orange Polska S.A. na skutek zamieszczenia w s.i.w.z. obowiązku przedłożenia stosownego oświadczenia oraz wobec złożenia jednoznacznego oświadczenia przez wykonawcę brak jest możliwości zastosowania art. 12

9

ustawy zmieniającej. Z treści oferty Orange Polska S.A. wynika bowiem w sposób niebudzący wątpliwości, jaka jest kwota podatku od towarów i usług doliczona do ceny złożonej oferty, a także zawarto informację na temat braku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego („nie będzie prowadził”). Informacje te jednoznacznie wskazują na istnienie błędu w obliczeniu ceny w ofercie Orange Polska S.A. Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia stosownego oświadczenia, po czym – pomimo złożenia wadliwego oświadczenia skutkującego powstaniem błędu w obliczeniu ceny – stara się pomijać znaczenie tej okoliczności dla badania i oceny złożonych ofert. W ocenie odwołującego takie działanie zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, iż brak w ocenie Polkomtel podstaw do dokonania poprawienia w ofercie wykonawcy omyłki. Przywołał opinię Sądu Najwyższego wyrażoną w uzasadnieniu uchwały z dnia 20 października 2011 roku, odnoszącą się do błędów w obliczeniu ceny: „O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (...). W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.” Podobnie Prezes UZP: „gdy zamawiający nie określił w siwz konkretnej stawki podatku VAT, przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. W takim przypadku znajduje zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp skutkujący odrzuceniem oferty zawierającej cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT. (...) Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia. Jedynym wyjątkiem od przyjętej zasady jest sytuacja, w której zamawiający

10

wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretną stawkę podatku VAT, której uwzględnienia oczekuje w składanych ofertach.”

Odwołujący wskazał, iż - jak dodaje się w piśmiennictwie - „Bez względu na przyczyną odrzucenia oferty jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwego zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, błędem będzie również przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc raczej

błędem w ustaleniu stanu faktycznego niż wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny. Błąd wskazywany jako przesłanka odrzucenia oferty musi się przy tym odnosić do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1, tj. do ceny za całość świadczenia.”

W ocenie odwołującego, skoro na wykonawcach spoczywał obowiązek ustalenia właściwego sposobu ukształtowania ceny w odniesieniu do treści znowelizowanej ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów, to złożenie wadliwego oświadczenia skutkować winno odrzuceniem oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny

Odwołujący z ostrożności procesowej postawił także zarzut naruszenia art. 12 ustawy zmieniającej poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Orange Polska S.A. do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy wymienionej powyżej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. odrzucenie odwołania w całości na podstawie przepisu art. 189 ust 2 pkt 1 ustawy P.z.p. z uwagi na okoliczność, iż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy P.z.p.

Alternatywnie, w razie stwierdzenia, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., zamawiający wniósł o:

2, oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odnosnie wniosku w przedmiocie odrzucenia odwołania w całości na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., z uwagi na okoliczność, iż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, co następuje:

11

Zgodnie z przepisem art. 172 ust. 1 P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza została utworzona do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołanie, w świetle przepisu art. 130 ust. 1 P.z.p. przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany, na podstawie ustawy. Przywołana regulacja wyznacza zatem zakres kognicji KIO w zakresie rozpoznawania odwołań. Na treść odwołania powinno się składać: wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Wykonawca zatem zobowiązany jest wykazać w odwołaniu, jakie konkretne zachowanie zamawiającego, do którego był zobowiązany z mocy ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi naruszenie konkretnego przepisu tej ustawy. Formułowane przez odwołującego zarzuty muszą być konkretne i mieścić się w ramach kognicji Izby, a przedstawione uzasadnienie musi odnosić się do zgłoszonych zarzutów.

W ocenie zamawiającego, odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy; Orange Polska S.A., w świetle okoliczności faktycznych i prawnych sprawy jest absolutnie abstrakcyjny. Odwołujący w swoim uzasadnieniu podnosząc przedmiotowy zarzut oparł się jedynie na interpretacji znowelizowanych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług wywodząc na tej podstawie, że błąd w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy; Orange Polska SA, spowodowany został złożeniem przez tego wykonawcę nieprawidłowego oświadczenia w przedmiocie powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Orzekanie zaś przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie właściwego stosowania przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, będzie wykraczać poza jej kognicję. Tym samym, w ocenie zamawiającego, odrzucenie odwołania jest w pełni uzasadnione i słuszne.

Odnosnie alternatywnego wniosku zamawiającego, w przedmiocie oddalenia odwołania w całości jako bezzasadnego, zamawiający wskazał, co następuje:

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 39 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska SA. w świetle okoliczności faktycznych i prawnych sprawy jest absolutnie abstrakcyjny i bezzasadny. Zamawiający w sposób rzetelny i prawidłowy dokonał oceny złożonych w postępowaniu ofert i na tej podstawie stwierdził, że żadna z nich nie zawierała błędu w obliczeniu ceny.

12

Zamawiający, w formularzu oferty, narzucił stawkę podatku VAT (23%), którą natężało doliczyć do ceny oferty i każdy z wykonawców, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu; uwzględnił tę stawkę w zaproponowanej przez siebie cenie. Zamawiający podkreślił, że stawka ta nie ulega zmianie bez względu na to, po czyjej stronie powstaje obowiązek podatkowy - sprzedawcy czy nabywcy. Zatem wskazanie w ofercie wykonawcy: Orange Polska S.A. stawki podatku VAT w wysokości 23% i uwzględnienie tego podatku w cenie oferty było działaniem prawidłowym. Podobnie zresztą uczynił odwołujący.

Zamawiający podniósł, że odwołujący w swoim- uzasadnieniu wskazał, że błąd w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy Orange Polska S.A., spowodowany został złożeniem przez tego wykonawcę nieprawidłowego oświadczenia w przedmiocie powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie- z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Argumentując powyższe stanowisko odwołujący oparł się na okoliczności, że skoro sam złożył oświadczenie odmiennej treści, to tym samym, oświadczenie wykonawcy Orange Polska S.A. musi być wadliwe, a ocena ofert dokonana przez zamawiającego obarczona wadą uniemożliwiająca mu uzyskania zamówienia,

W ocenie zamawiającego, przedstawione przez odwołującego stanowisko jest absolutnie bezzasadne w świetle okoliczności faktycznych i prawnych przedmiotowej sprawy. Zamawiający wskazał, iż:

1. Informowanie zamawiającego przez wykonawcę o możliwości powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego ma na celu usprawnienie postępowania. Podstawą naliczenia i wymiaru podatku są bowiem przepisy ustawy o podatku od towarów i usług.

2, Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone przez zamawiającego w celu zawarcia umowy ramowej, której zawarcie nie oznacza udzielenia zamówienia publicznego. Jest to etap pośredni, który może, ale nie musi doprowadzić do udzielenia zamówień, umowa ramowa służy wyłącznie temu, aby tworzyć podstawy do zawierania w przyszłości umów realizacyjnych i organizować proces ich zawierania. Udzielenie zamówień, które objęte są umową ramową, następuje na podstawie zawierania tzw. umów realizacyjnych, jakie udzielane są na drodze odrębnych postępowań. Ceny ustalone w umowie ramowej mają charakter orientacyjny i są cenami maksymalnymi. Skoro zatem w wyniku złożenia oferty w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, a następnie w wyniku zawarcia umowy ramowej, nie dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego, pomiędzy wykonawcą a zamawiającym nie powstaje stosunek zobowiązaniowy polegający - ze strony wykonawcy: na świadczeniu usług bądź dostawie towarów, ze strony zamawiającego - na odbiorze usług / towarów i zapłacie umówionego wynagrodzenia. Świadczenia realizowane

13

przez strony w ramach wykonania umowy ramowej nie prowadzą do powstania obowiązku podatkowego. Zgodnie z ogólną zasadą obowiązek podatkowy w podatku VAT powstaje z chwilą wydania "towaru / wykonania usługi. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że złożenie przez wykonawcę: Orange Polska SA oferty w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej nie skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, w szczególności z odwrotnego Brak jest .zatem podstaw związanego mechanizmem obciążenia. formułowania zarzutu, jakoby oferta wykonawcy Orange Polska S.A. zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący nie udowodnił, iż wartość konkretnych umów realizacyjnych zawieranych w następstwie zawarcia umowy ramowej przekroczy próg 20.000 zł, od którego ustawa o podatku od towarów i usług uzależnia obowiązek stosowania mechanizmu „odwróconego VATu”. A dla oceny prawidłowości złożonego oświadczenia zasadnicze znaczenie mają właśnie umowy wykonawcze. Ceny ustalone w umowie ramowej mają charakter orientacyjny i są cenami maksymalnymi, co oznacza, iż zamawiający może uzyskać od wykonawcy niższe ceny na zaproponowane towary i usługi. Tak, też wynika z doświadczenia zamawiającego z ubiegłych lat, gdy w związku z zawieraniem umów realizacyjnych do umowy ramowej w tożsamym przedmiocie, uzyskał oferty opiewające na ceny niższe niż zaproponowane w umowie ramowej. Wartość poszczególnych umów nie przekroczyła progu 20.000 zł.

Przystępujący Orange Polska SA w Warszawie podzielił stanowisko zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie prowadzone jest przez zamawiającego w celu zawarcia umowy ramowej.

Postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy zmieniającej - zgodnie bowiem z treścią art. 13 weszła ona w życie z dniem 1 lipca 2015 roku. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zostało opublikowane w dniu 27 czerwca br.

W art. 12 ustawy zmieniającej przewidziano, iż: „w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy wymienionej w art.

14

2, wszczętego przed dniem 1 lipca 2015 r., którego przedmiot objęty jest zakresem niniejszej ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, jeżeli ta informacja nie wynika z treści oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy wymienionej w art. 1, wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku, a następnie poprawia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług

Pismem z dnia 10 lipca 2015 roku zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. dokonał modyfikacji treści s.i.w.z., nakładając na wykonawców obowiązek przedłożenia wraz z ofertą informacji że wybór oferty wykonawcy będzie lub też nie będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, o którym mowa w ustawie zmieniającej. Wzór takiego oświadczenia został załączony do dokumentacji postępowania jako załącznik nr 7 do s.i.w.z.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 18 sierpnia 2015 roku (nr pisma BI-III-WZU.235.2015.MBI) do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Po udzielonych wyjaśnieniach zamawiający pismem z dnia 25 sierpnia 2015 roku działając na podstawie art. 12 ustawy zmieniającej, dokonał poprawienia w ofercie Polkomtel cen jednostkowych oferowanych telefonów komórkowych. Zarazem, w związku z brakiem złożenia przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. oświadczenia w sprawie obowiązku podatkowego, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy jako niezgodną z s.i.w.z.

Przystępujący Orange Polska S.A. w treści złożonej oferty (strona 64) złożył oświadczenie, zgodnie z którym wybór jego oferty nie będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku z późn. zmianami.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. na podstawie przepisu art. 189 ust 2 pkt 1 ustawy P.z.p. Zważyć należy, iż odwołujący zarzucił zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska S.A. pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11), określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.). Stanowisko SN jednoznacznie przesądza o tym, iż KIO posiada kognicję do orzekania w kwestii podatku VAT o zakresie objętym dyspozycją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania jest fakt, iż postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej.

W ustawie P.z.p. definiuje się umowę ramową jako zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie.

Celem zawarcia umowy ramowej jest stworzenie podstaw do zawierania w przyszłości tzw. umów realizacyjnych. Umowa ramowa nie stanowi sama w sobie zobowiązania do świadczenia przez którąkolwiek z jej stron. Organizuje jedynie proces kontraktowania w przyszłości, wskazując przede wszystkim na jego przedmiot. Zawiera zarys współpracy, tak aby umowy wykonawcze były zawierane w warunkach znacznej swobody. Umowa ramowa jest tylko podstawą dla zawieranych później umów realizacyjnych, jednak nie implementuje obowiązku kontraktowania.

W dniu 1 lipca 2015r. weszła w życie nowelizacja ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.), która doprecyzowała i rozszerzyła przepisy dotyczące stosowania procedury tzw. „odwrotnego VATu”. Nowelizacja przedmiotowej ustawy wprowadziła również zmianę w zakresie ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wprowadzenie wymogu żądania przez zamawiającego od wykonawców biorących udział w postępowaniach informacji o powstaniu lub nie obowiązku podatkowego w zakresie płatności podatku VAT, przy czym do zamówień wszczętych przed dniem wejścia w życie nowelizacji, tj. przed 1.07.2015 r. zastosowanie mają przepisy przejściowe. Ustawodawca nie przewidział wyłączenia postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej spod rygoru wymagania oświadczenia w zakresie opodatkowania

podatkiem VAT, pomimo, iż w związku z jej zawarciem, nie dochodzi do powstania obowiązku podatkowego.

Obowiązek zapłaty podatku od towarów i usług w przedmiotowym postępowaniu powstaje dopiero na etapie zawierania konkretnych umów realizacyjnych. Obowiązek podatkowy po stronie nabywcy towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług (w tym w szczególności telefonów komórkowych) powstaje pod warunkiem, że łączna wartość tych towarów w ramach jednej gospodarczo transakcji obejmującej te towary bez kwoty podatku przekracza 20 000 zł netto, a nabywcą jest podatnik zarejestrowany jako podatnik VAT czynny. Zgodnie z art. 17 ust. 1d ustawy o podatku od towarów i usług, za jednolitą gospodarczo transakcję uznaje się również transakcję obejmującą umowę, w ramach której występuje jedna lub więcej dostaw towarów wymienionych w poz. 28a-28e załącznika nr 11 do ustawy, nawet jeśli są one dokonane na podstawie odrębnych zamówień lub wystawianych jest więcej faktur dokumentujących poszczególne dostawy. Przy czym, jak wynika z treści protokołu konsultacji międzyresortowych nad projektem nowelizacji ustawy o VAT, jeśli od początku nie wiadomo ile zostanie zakupionego sprzętu elektronicznego, umowa ramowa nie jest jednolitą transakcją w rozumieniu ustawy. Jako transakcję jednolitą gospodarczo należy traktować

dostawy towarów dokonywane m podstawie jednoczesnych, indywidualnych zamówień"

W świetle powyższych okoliczności oferta wykonawcy Orange Polska S.A.(oraz zawarta ewentualnie w wyniku wyboru tej oferty umowa ramowa, nie spełniałaby przesłanek do uznania jej za umowę realizującą jednolitą gospodarczo transakcję, która skutkuje powstaniem obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego. Zgodnie bowiem z postanowieniami umowy ramowej (stanowiącej załącznik nr 6 do s.i.w.z.), dostawy urządzeń telekomunikacyjnych (telefonów komórkowych) będą realizowane na podstawie umów wykonawczych, zawieranych przez kierowników jednostek organizacyjnych zamawiającego wskazanych w załączniku nr 3 do umowy. Ustalenie, na której ze stron: sprzedawcy czy nabywcy, ciąży obowiązek rozliczenia podatku VAT z tytułu dostawy telefonów komórkowych będzie możliwe dopiero w odniesieniu do każdej umowy wykonawczej odrębnie, z uwzględnieniem przewidywanej wartości towarów objętych odwrotnym obciążeniem oraz statusu podatkowego jednostki organizacyjnej namawiającego jako nabywcy w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 7 lit. b ustawy o podatku od towarów i usług.

17

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....

18