

POSTANOWENIE
z dnia 27 lutego 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 27 lutego 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2015 roku przez wykonawcę: **Sygnity S.A z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa Rządowe Centrum Legislacji Warszawa, Al. J. Ch. Szucha 2/4, 00-582 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum: XSystem S.A (Lider), TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Sygnity S.A z siedzibą w Warszawie**
- i:**

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę: **Sygnity S.A z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie

.....

.....

2

Uzasadnienie

W dniu 16 lutego 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Realizację dzieła polegającego na: zaprojektowaniu, zbudowaniu i wdrożeniu e-RPL do obsługi Procesu Systemu przeznaczonego Rządowego Legislacyjnego, a także świadczeniu usług szkolenia oraz administrowania i utrzymania Systemu e-RPL* prowadzi Zamawiający: Rządowe Centrum Legislacji w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 195-344878 z dnia 10 października 2014 roku.

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o., a także ofert wykonawcy ITMagination Sp. z o.o. oraz konsorcjum Interopeo Sp. z o.o. i BI Architects Sp. z o.o. Sp. k. mimo, iż w ofertach tych wykonawców jest błąd w obliczeniu ceny,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego zastosowanie w stosunku do ofert konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o., ITMagination Sp. z o.o. oraz konsorcjum Interopeo Sp. z o.o. i BI Architects Sp. z o.o. Sp. k. mimo, iż nie istnieje zapis SIWZ, z którym ich oferta mogłaby być niezgodna,
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- nakazanie unieważnienia czynności poprawienia w ofertach konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o., ITMagination Sp. z o.o. oraz konsorcjum Interopeo Sp. z o.o. i BI Architects Sp. z o.o. Sp. k. ceny oferty poprzez zastosowanie w stosunku do usług szkoleniowych zwolnienia z podatku VAT w miejsce wskazanej przez tych wykonawców stawki 23% VAT,
- nakazanie odrzucenia ofert konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o., ITMagination Sp. z o.o. oraz konsorcjum Interopeo Sp. z o.o.

3

i BI Architects Sp. z o.o. Sp. k. jako zawierających błąd w obliczeniu ceny,
- wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesiono, że w dniu 6 lutego 2015 roku Odwołujący otrzymał informację o wyborze jako oferty najkorzystniejszej konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o. Wybór oferty najkorzystniejszej był czynnością powtórzoną przez Zamawiającego zgodnie z nakazem wynikającym z orzeczenia KIO wydanego w dniu 27 stycznia 2015 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2753/14. Izba nakazała ponadto Zamawiającemu w wyroku wezwanie wykonawców konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o., ITMagination Sp. z o.o. oraz konsorcjum Interopeo Sp. z o.o. i BI Architects Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień odnośnie prawidłowości zastosowania stawki VAT od szkoleń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Izba w powołanym wyroku stwierdziła, że na bazie analizy całości dokumentacji postępowania stawką właściwą dla szkoleń było zwolnienie z VAT zastosowane przez Odwołującego (pierwotnie odrzuconego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) w tym zakresie, a nieprawidłową była zastosowana przez wskazanych wykonawców stawka 23% VAT.

Izba wskazała w wyroku (str. 51), iż zarzut wnoszony przez Odwołującego w poprzednim odwołaniu w zakresie wyżej wskazanych wykonawców był przedwczesny z uwagi na zaniechanie wyjaśnienia przez Zamawiającego prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT od szkoleń będących przedmiotem zamówienia, którego wykonanie Izba nakazała. W konsekwencji wyjaśnień zaś Zamawiający ewentualnie winien rozważyć możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w celu doprowadzenia do jednolitej i porównywalnej podstawy opodatkowania VAT oferowanych cen w zakresie szkoleń - wszystkich złożonych ofert. Izba wskazała również, że wskazówki co do możliwości korygowania omyłek w zakresie ceny oferty z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki VAT zawierają Uchwały SN z dnia 20 października 2011 roku wydane pod sygn. III CZP 52/11 i III CZP 53/11. Izba wyraziła stanowisko, iż stwierdzone odstępstwa z zakresu stawki VAT od bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa określającego właściwą stawkę podatku VAT, bądź zwolnienie z VAT mogą być korygowane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który pozwala na poprawienie w ofercie omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W dniu 25 lutego 2015 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wnosił on o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przedstawiając szeroką argumentację na

poparcie swojego wniosku. Zdaniem Zamawiającego odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

W wyroku z dnia 27 stycznia 2015 roku Izba nakazała Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Sygnity S.A. oraz unieważnienie wyboru oferty konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
- b) wezwanie pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu do złożenia wyjaśnień odnośnie prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT od szkoleń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia,
- c) dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego Sygnity S.A.

Zamawiający podkreślił, że Izba w uzasadnieniu wyroku wskazała na naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców biorących udział w postępowaniu do złożenia wyjaśnień odnośnie zastosowanej stawki podatku VAT. Przy czym Izba wskazała też na możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu doprowadzenia do jednolitej i porównywalnej podstawy opodatkowania VAT oferowanych cen w zakresie szkoleń. Izba, powołując się na uchwały SN, uznała, że zastosowanie w ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT, poza przypadkami, gdzie wykonawca podtrzymuje swoje stanowisko, wynika z omyłek podatkników będących następstwem niewłaściwej interpretacji przepisów, które mogą być poprawione w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, o ile nie spowodują istotnych zmian w treści oferty. Zatem, zdaniem Zamawiającego, Izba dała możliwość skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba uzależniła zatem możliwość dokonania przez Zamawiającego poprawy omyłek w ofertach wykonawców od spełnienia następujących okoliczności:

- a) omyłki w zakresie stawek VAT wynikają z omyłek podatkników będących następstwem niewłaściwej interpretacji przepisów;
- b) poprawa omyłek nie spowoduje w ofertach istotnych zmian w treści;
- c) wykonawcy potwierdzą prawidłowość dokonanych poprawek.

Zamawiający wykonując kolejno wszystkie wymienione czynności zastosował się do wyroku w całości. W wyroku o sygn. akt KIO 2734/14 Izba uznała, że odrzucenie ofert może być przedwczesne i uzależniła tę czynność od ewentualnego podtrzymania stanowisk wykonawców co do pierwotnie zastosowanej stawki VAT w stosunku do usług szkoleniowych, wystąpienia błędu w interpretacji przepisów podatkowych i nieistotności poprawek.

Z tych względów Zamawiający wskazywał, że wniosek o odrzucenie odwołania jest uzasadniony.

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

W dniu 18 lutego 2015 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o., których oferta uznana została za najkorzystniejszą. Zgłoszenie przystąpienia spełniało przesłanki formalne. Przystępujący popierał wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odnosząc się do kwestii przesłanek odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiących jednocześnie negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do meritum, Izba uznała, że odwołanie wniesione przez Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie podlega odrzuceniu.

Przede wszystkim należy zauważyć, że kwestionowana przez Odwołującego czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia tej oferty oraz ofert pozostałych wykonawców została dokonana w następstwie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2015 roku wydanego w sprawie KIO 2753/14. Wyrokiem tym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia Odwołującego Sygnity S.A. oraz unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum XSystem S.A. i TARR Centrum Innowacyjności Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Nakazano także wezwanie pozostałych wykonawców do złożenia wyjaśnień odnośnie prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT od szkoleń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, a także dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem Odwołującego Sygnity S.A.

Z uzasadnienia orzeczenia wynika, że „wskazania, co do możliwości korygowania omyłek w określeniu ceny oferty z uwagi na zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT zawierają uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 i sygn. akt III CZP 52/11, z których wynika, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli

6

brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). W ocenie Izby, poza przypadkami, że wykonawca podtrzymuje swoje stanowisko co do prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, stwierdzone odstępstwa w tym zakresie od bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa określającego właściwą stawkę podatkową, bądź zwolnienie z VAT, wynikają z omyłek podatkników będących następstwem niewłaściwej interpretacji przepisów i mogą być eliminowane np. poprzez korektę zeznań podatkowych, a na gruncie ustawy Pzp w trybie rat. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który dozwala na poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ – niepowodujących istotnych zmian e treści oferty”.

W wyniku wykonywania wyroku, Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących kwoty podatku VAT dla pozycji w Tabeli 1a, pozycja 5 „Przeszkolenie administratorów i użytkowników systemu”. W szczególności wezwano do podania uzasadnienia wyliczenia kwoty VAT wskazującej na zastosowanie stawki VAT 23% wraz z podaniem podstawy prawnej dokonanych wyliczeń.

Wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia, a Zamawiający, mając na uwadze ustalenia Izby płynące z przywołanego wyżej wyroku, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił w ofertach inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnej zmiany w treści oferty. Wykonawcy, w ofertach których dokonano zmian, wyrazili zgodę na poprawę.

W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie i ponownym postępowaniu odwoławczym uznać należało, że odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 27 stycznia 2015 roku o sygn. akt 2753/14.

Ponad wszelką wątpliwość uznać należy, iż Izba ustaliła w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego właściwą stawkę podatku VAT. Izba uznała jednak, że odrzucenie ofert wykonawców bez uzyskania od nich wyjaśnień dlaczego zastosowano określoną stawkę byłoby przedwczesne. Dlatego też w sentencji orzeczenia nakazano wezwanie wykonawców biorących udział w postępowaniu do złożenia wyjaśnień a następnie nakazano ocenę tych wyjaśnień przy wykorzystaniu wskazówek oceny zawartych w uzasadnieniu orzeczenia, w jakich sytuacjach dopuszczalne jest dokonanie poprawy stawki podatku VAT przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Żadna ze Stron pierwszego postępowania odwoławczego przedmiotowego orzeczenia nie zaskarżyła do sądu okręgowego, stało się więc ono wiążące dla uczestników sporu.

7

Zamawiający zastosował art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki podatku VAT, a następnie biorąc pod uwagę ustalenia i wskazówki Izby zawarte w treści orzeczenia, dokonał oceny tych wyjaśnień przy jednoczesnym zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego orzeczenie nie wykluczało. Tym samym Zamawiający zastosował się do wyroku Izby z dnia 27 stycznia 2015 roku wykonując wszystkie nakazane przez Izbę czynności. Powyższe zaś oznacza, że Odwołujący Sygnity S.A. ponownie korzystając ze środków ochrony prawnej kwestionuje czynności, do wykonania których Zamawiający zobowiązany został wcześniejszym orzeczeniem Izby i które to czynności wykonane zostały zgodnie z treścią wydanego orzeczenia, zaś sam wynik tych czynności jest wtórny do działań nakazanych przez Izbę w orzeczeniu. Dlatego też wnioski o odrzucenie odwołania uznano za uzasadnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

8

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) oraz § 5 ust. 4 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie

.....

.....

9