

WYROK
z dnia 17 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2015 roku przez **IT Tender Sp. z o.o., ul. Zakładowa 17, 62-064 Plewiska** w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A., Pion Infrastruktury, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

1. **"KONCEPT" Sp. z o.o., ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa,**
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Computex Sp. z o.o. Sp. k., PC Factory S.A., ul. Mroźna 27, 03 – 654 Warszawa,**
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: P.P.H.U. "PIOMAR" sp. j. S. M., S. E., INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa**

oraz

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: IMMITIS Spółka z o. o., Format Sp. z o.o., Maxto sp. z o.o. s.k.a., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

1

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **IT Tender Sp. z o.o., ul. Zakładowa 17, 62-064 Plewiska** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego się 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....
.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Poczta Polska S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa komputerów stacjonarnych i notebooków. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2015 roku pod nr 2015/S 085-153764.

W dniu 7 września 2015 roku Odwołujący – IT Trender Sp. z o.o. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego tj.

- a. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców PPHU Piomar Sp. j. S. M., S. E., Intaris Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Piomar),
- b. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: Computex Sp. z o.o. Sp. k., PC Facotry S.A. (dalej konsorcjum Computex).
- c. zaniechania odrzucenia oferty Koncept Sp. z o.o.
- d. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- a. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert konsorcjum Piomar, Konsorcjum Computex oraz Koncept, mimo, że oferty te zawierają błędy w obliczeniu ceny i winny zostać odrzucone,
- b. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wskazanych wyżej wykonawców, które zawierają błędy w obliczeniu ceny i winny zostać odrzucone.
- c. art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Piomar, Computex oraz Koncept, które są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, tj. art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp oraz podatkowymi nakazującymi stosowanie dla określonych grup towarów mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług VAT oraz wskazującymi na właściwy rozkład obowiązku podatkowego pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, jak również z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagającej uwzględnienia prawidłowego obciążenia podatkiem od towarów i usług VAT w ofertach wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert: konsorcjum Piomar, Computex, Koncept, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

3

W uzasadnieniu wskazał, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu według kryteriów oceny ofert przyjętych przez zamawiającego. Wykonawcy Konsorcjum Piomar, Konsorcjum Computex oraz Koncept nie wskazali, że zaoferowane przez nich towary, tj. stacje dokujące (określone w ostatnim wierszu formularza cenowego w wersji przedstawionej przez Zamawiającego w wezwaniach z dnia 6 sierpnia 2015 roku) objęte są mechanizmem odwróconego obciążenia, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 6) pzp oraz art. 91 ust. 3a pzp. Wykonawcy ci w uzupełnionych formularzach ofertowych wadliwie uznali bowiem, że stacje dokujące (określone w ostatnim wierszu formularza cenowego w wersji przedstawionej przez Zamawiającego w wezwaniach z dnia 6 sierpnia 2015 roku) nie są objęte mechanizmem odwróconego obciążenia VAT, lecz obowiązek podatkowy w tym zakresie spoczywa na Wykonawcy i podali stawkę podatku VAT 23% (w miejsce wymaganego przez Zamawiającego dla mechanizmu odwróconego obciążenia określenia „bez VAT”). W konsekwencji formularz cenowy został wypełniony w sposób wadliwy także w ostatniej kolumnie, zgodnie z którą zamawiający wymagał podania „cena z podatkiem VAT lub cena bez podatku VAT, jeżeli powstaje u Zamawiającego obowiązek podatkowy (ogółem zł)”, gdyż zawiera ona kwotę uwzględniającą podatek VAT. W ten sposób nastąpiło wadliwe określenie wynagrodzenia należnego Wykonawcy, gdyż uwzględnia ono kwotę podatku VAT stanowiącego składnik cenotwórczy, podczas gdy obowiązek podatkowy w tym zakresie spoczywa na Zamawiającym, nie zaś na Wykonawcy. Odwołujący przywołał fragment wyjaśnień, znajdujących się na stronie Ministerstwa Finansów pt „Zmiany w zakresie mechanizmu odwróconego obciążenia VAT” i podniósł, że zgodnie z nimi stacja dokująca, która jest sprzedawana w zestawie z notebookiem i objęta tym samym grupowaniem statystycznym, również objęta jest mechanizmem odwróconego obciążenia i odmienna interpretacja wykonawców prowadzi do naruszenia Pzp. Odwołujący wskazał także, że sytuację tę należy porównać do sytuacji, w których wykonawcy zastosowali niewłaściwe stawki podatku VAT i zostało to uznane za błąd w obliczeniu ceny skutkujący obowiązkiem odrzucenia ofert. Powołał się na liczne orzecznictwo w tym

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 605) wprowadzono zmiany dotyczące tzw. mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług VAT (ang. reverse charge mechanism). Zgodnie z obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 roku art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp w sytuacji, gdy złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Wykonawca ma obowiązek poinformować Zamawiającego o tym, czy wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku VAT. Wykaz towarów objętych mechanizmem odwróconego podatku VAT został ujęty w załączniku nr 11 do ustawy o VAT, gdzie wskazano m.in. w poz. 28 a „Przenośne maszyny do automatycznego przetwarzania danych, o masie ≤10 kg, takie jak: laptopy i notebooki; komputery kieszonkowe (np. notesy komputerowe) i podobne – wyłącznie komputery przenośne, takie jak: tablety, notebooki, laptopy (PKWiU ex. 26.20.11.0).

Z uwagi na to, że analizowane postępowanie o zamówienie publiczne zostało wszczęte w dniu 2 maja 2015 roku tj. przed dniem wejścia w życie zmiany przepisu art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp, zastosowanie znajdzie art. 12 ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 605). Zgodnie z dyspozycją tego przepisu w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed dniem 1 lipca 2015 roku a jego przedmiot jest objęty zakresem ustawy zmieniającej, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, jeżeli taka informacja nie wynika z treści oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług 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. Oferta, której wybór

powodowałby powstanie obowiązku podatkowego u zamawiającego, jest oceniana z uwzględnieniem art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe regulacje, zamawiający w dniu 6 sierpnia 2015 roku wezwał wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu do przedstawienia informacji i wyjaśnienia ceny z ostatniej pozycji formularza cenowego, obejmującej zestaw składający się z notebooka, monitora i stacji dokującej (NB2) przez podanie cen jednostkowych netto osobno za notebook, osobno za monitor i osobno za stację dokującą (suma cen jednostkowych netto po rozpisaniu, nie może przekroczyć ceny jednostkowej za zestaw podanej w ofercie) oraz podania kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku. Zamawiający załączył do pisma formularz, w którym wskazał m.in., notebook (NB) ilość 240, notebook wraz ze stacją dokującą i monitorem (NB2) wskazując osobno na notebook, monitor i stację dokującą w ilości 150 szt. W odpowiedzi na powyższe, wykonawcy m.in: konsorcjum: P.P.H.U.

"PIOMAR" sp. j. S. M., S. E., INTARIS Sp. z o.o., konsorcjum: Computex Sp. z o.o. Sp. k., PC Factory S.A., oraz Koncept Sp. z o.o. w ostatnim wersie formularza odnośnie NB2 wskazali, iż mechanizmem odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług objęte zostaną notebooki w ilości 150 szt., zaś odnośnie monitorów (150 szt.) oraz stacji dokującej (150 szt.) przyjęto ogólne zasady obciążenia podatkiem VAT wykonawców - dostawców. Odwołujący w złożonym na wezwania zamawiającego formularzu podał, że mechanizmem odwróconego obciążenia VAT zostaną objęte: notebooki i stacje dokujące.

Izba, rozstrzygając zaistniały spór, wzięła pod uwagę wytyczne zamieszczone na stronie internetowej Ministerstwa Finansów w broszurze p.n. „Zmiany w zakresie mechanizmu odwróconego obciążenia VAT”, gdzie wskazano m.in. cyt. „Ponieważ zakres stosowania mechanizmu odwróconego obciążenia wyznaczony jest, co do zasady, Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług (według której klasyfikowane są towary wymienione w załączniku nr 11), reguły związane z klasyfikacjami statystycznymi należy odpowiednio przyjąć w przypadku towarów sprzedawanych w formie zestawów.

Zgodnie z zasadami metodycznymi PKWiU, która jest ściśle powiązana z Nomenklaturą Scaloną (CN), przy zaliczaniu wyrobu do poszczególnych grupowań PKWiU 2008 należy stosować „Ogólne reguły interpretacji Nomenklatury Scalonej (CN)”. Ww. reguły, uzupełnione o szczegółowe zasady klasyfikowania towarów pakowanych w zestawy do sprzedaży detalicznej, wyznaczone rozporządzeniem Komisji Europejskiej z 2013 r. (Dz. U. UE 2013/C

6

105/01) wprowadzającym „Wytyczne dotyczące klasyfikacji w Nomenklaturze scalonej towarów pakowanych w zestawy do sprzedaży detalicznej”, nakreślają sposób klasyfikowania takich zestawów. Biorąc pod uwagę różny charakter zestawów, jakie mogą pojawić się na rynku (w zależności od rodzajów, właściwości czy ilości elementów tych zestawów), klasyfikowanie tego rodzaju produktów powinno być dokonywane indywidualnie (...) W przypadku wątpliwości co do sposobu zaklasyfikowania do właściwego grupowania PKWiU konkretnego produktu, o stosowną opinię w tej sprawie można wystąpić do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi”.

Mając na uwadze powyższe, Izba rozważyła okoliczności konkretnego stanu faktycznego, w tym przede wszystkim postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) i doszła do przekonania, że w tym postępowaniu o zamówienie publiczne stacje dokujące nie mogą być traktowane jako element zestawu wraz z notebookiem.

W konsekwencji, zdaniem Izby, stacje dokujące jako produkty nie wymienione w załączniku nr 11 ustawy z dnia 9 kwietnia o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług (...), nie mogą być objęte mechanizmem odwróconego obciążenia VAT. Istotnie, przedmiot zamówienia obejmuje notebooki NB2 wraz z stacjami dokującymi i monitorami w takiej samej ilości po 150 szt., jednakże z treści siwz wynika, że zamawiający dokonał odrębnego opisu parametrów techniczno – użytkowych dla każdego z tych produktów odpowiednio w załącznikach 2g (notebook), 2h (monitor) oraz 2i (stacja dokująca SD). Ponadto treść samego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 6 sierpnia 2015 roku oraz przygotowany przez zamawiającego formularz (Informacja dotycząca powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego), gdzie zamawiający wyraźnie żądał podania cen jednostkowych netto osobno za notebook, osobno za monitor i osobno za stację dokującą, potwierdzają, że zarówno stacja dokująca jak i monitor to odrębne produkty, nie tworzące wraz z notebookiem zestawu. W ocenie Izby, postanowienia siwz wskazują na brak związku umożliwiającego uznanie stacji dokującej za część składową lub przynależność produktu głównego tj. notebooka. Stacja dokująca jest odrębnym produktem, posiada dedykowany zasilacz, może działać z każdym innym notebookiem i odwrotnie notebook nie potrzebuje stacji dokującej aby samodzielnie pracować.

Z uwagi na brak ustawowej definicji „zestawu” należy odwołać się do wyjaśnień organów skarbowych dotyczących świadczeń kompleksowych, które mogą znaleźć analogiczne zastosowanie. Powszechnie przyjmuje się, że traktowanie odrębnych świadczeń jako jednego świadczenia złożonego ma charakter wyjątkowy, stanowiący odstępstwo od zasady odrębnego opodatkowania każdego świadczenia według właściwej dla niego stawki podatku. Ze świadczeniem kompleksowym mamy do czynienia, gdy czynności składające się na przedmiotowe świadczenie są ze sobą związane tak ściśle, że ich wyodrębnienie nie byłoby możliwe. W rozpatrywanym postępowaniu zamawiający w taki sposób konstruuje treść siwz

7

(opis przedmiotu zamówienia, formularz cenowy z dnia 6 sierpnia 2015 roku), że nie ma wątpliwości, iż notebook i stacja dokująca winny być traktowane rozłącznie, bez uszczerbku dla realizacji któregokolwiek z nich. Brak ścisłego powiązania pomiędzy tymi produktami, powoduje, że należy je traktować odrębnie.

Zgodnie z zasadami klasyfikowania towarów pakowanych w zestawy do sprzedaży detalicznej, wyznaczonymi rozporządzeniem Komisji Europejskiej z 2013 r. (Dz. U. UE 2013/C 105/01) wprowadzającym „Wytyczne dotyczące klasyfikacji w Nomenklaturze scalonej towarów pakowanych w zestawy do sprzedaży detalicznej”, na które powołano się w broszurze informacyjnej Ministerstwa Finansów, za „towary pakowane w zestaw do sprzedaży detalicznej” należy rozumieć towary, które spełniają wszystkie poniższe warunki:

- a. składają się z co najmniej dwóch różnych artykułów, które na pierwszy rzut oka mogą być zaklasyfikowane do różnych pozycji,
- b. składają się z produktów lub artykułów pakowanych razem, aby zaspokoić określoną potrzebę lub służyć do określonych działań oraz
- c. są pakowane w sposób odpowiedni do sprzedaży bezpośredniej użytkownikom bez przepakowywania (np. w pudełka lub skrzynki, lub na paletach).

Izba podzieliła stanowisko przystępującego – konsorcjum Piomar – że w przypadku notebooka i stacji dokującej nie zostanie spełniony warunek, opisany w lit. b i c. Dostarczone produkty będą zapakowane oddzielnie i będą stanowiły odrębne pozycje na fakturze.

Okoliczność ta powoduje, że nie można tych dwóch produktów traktować jako całość i w konsekwencji zastosować mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT do całego zestawu tj. notebooka i stacji dokującej.

Abstrahując od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że wykonawca w sposób niewłaściwy wskazał na rozłożenie obowiązku podatkowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, to zdaniem Izby, działanie takie nie może być rozpatrywane w kategorii błędu w obliczeniu ceny i nie może wywoływać skutku w postaci odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W analizowanym postępowaniu, mając na uwadze to, że ceny ofert zostały obliczone z zastosowaniem prawidłowej stawki podatku VAT (cena brutto), okoliczność kto ma być płatnikiem podatku VAT (dostawca czy odbiorca) pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia prawidłowości obliczenia ceny oferty. Informacja, jaką w oparciu o art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 roku zmieniającej ustawę o VAT (...) podali wykonawcy w tym postępowaniu dotycząca: kwoty podatku od towarów i usług, jaka została doliczona do ceny oferty, możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego wraz ze wskazaniem nazwy towaru lub usługi, których dostawa będzie prowadzić do jego powstania oraz ich wartości bez kwoty podatku VAT, miała jedynie charakter deklaratoryjny.

8

To na zamawiającym spoczywa obowiązek, w celu dokonania oceny ofert poprawienia 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 świetle powyższego nie można sytuacji podania niewłaściwego rozkładu ciężaru obowiązków podatkowych porównywać z sytuacją zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT do obliczenia ceny oferty.

9

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....