

WYROK
z dnia 11 grudnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2015 roku przez wykonawcę **T-Mobile S.A, ul. Marynarska 12, 02 – 674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralne Biuro Antykorupcyjne, Al. Ujazdowskie 9, 00 – 583 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Orange Polska SA, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **T-Mobile S.A, ul. Marynarska 12, 02 – 674 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez tytułem wpisu od odwołania,

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:

Członkowie:

.....

2

UZASADNIENIE

Centralne Biuro Antykorupcyjne Al. Ujazdowskie 9; 00-583 Warszawa, dalej zwane także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Zakup usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM*”, znak sprawy: 49/ZP/CBA/2015/TCz.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 września 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S 189-343172.

W dniu 13 listopada 2015 oku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez wykonawcę Orange Polska SA zwany dalej także „Przystępującym”.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa, zwany dalej także „Odwołującym” złożył w dniu 23 listopada 2015 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Orange”), pomimo że jej treść nie odpowiada wymaganiom SIWZ dotyczącym oferowanych urządzeń;

2. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 3a oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange, pomimo nieprawidłowego wskazania towarów, których dostawa będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego;

3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnego badania oferty Orange
3. odrzucenia oferty złożonej przez Orange
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

Uzasadniając podniesiony zarzut dotyczący niezgodności oferty Orange z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 2 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, Specyfikacja techniczna aparatów i

3

modemów/routerów, pkt 3, wiersz 16 tabeli parametrów technicznych (str. 28 SIWZ), Zamawiający wymagał, aby każdy z aparatów oferowanych przez wykonawców posiadał funkcjonalność HD Voice. Było to wymaganie wspólne dla modeli z grupy I i II. Przy czym, Zamawiający wymagał zaoferowania aparatów telefonicznych w ilościach min. 3 modeli dla grupy I oraz min. 4 modeli dla grupy II.

Zaoferowany przez Orange aparat telefoniczny Huawei P8 Lite (zgodnie z ofertą Orange - Model nr 1 w ramach telefonów komórkowych grupy II), pomimo zawartej w opisie oferowanych parametrów deklaracji wykonawcy, nie wspiera usługi HD Voice. Nie spełnienie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego parametrów oferowanych telefonów, oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która nie podlega poprawieniu i przesądza o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż Orange nie zapewnił Zamawiającemu możliwości wyboru spośród puli min. 4 różnych modeli telefonów spełniających wymagania Zamawiającego w ramach grupy II. Braku tego nie można uzupełnić w sposób nienaruszający art. 87 ust. 1 Pzp. Podniósł także iż Orange wskazał model oferowanego urządzenia, co determinuje charakteryzujące to urządzenie parametry i dokonanie jakichkolwiek zmian w urządzeniu, w stosunku do modelu wskazanego w Załączniku nr 6, w celu dostosowania produktu do wymagań SIWZ, musiałoby znaleźć wyraz w odmiennym oznaczeniu modelu oferowanego urządzenia.

Wobec powyższego, oferta Orange winna podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z treścią SIWZ.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego podania nieprawidłowej treści oświadczenia wobec Zamawiającego co do obowiązku w zakresie tzw. odwróconego opodatkowania VAT podał, że Wykonawca Orange błędnie wskazał, iż zaoferowany przez niego router Huawei Orange Airbox 2 Plus stanowi towar, którego dostawa doprowadzi do powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 3 a Pzp wprowadzonym ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku VAT Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek VAT, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonawca składając ofertę, ma obowiązek poinformowania 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.

4

W zakresie objętym przedmiotem zamówienia zastosowanie odwróconego VAT może

mieć zastosowanie co do urządzeń wskazanych w załącznik nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług poz. 28 a i 28 b:

28a ex Przenośne maszyny do automatycznego przetwarzania danych, o masie <=

26.20.11.0 10 kg, takie jak: laptopy i notebooki; komputery kieszonkowe (np. notesy komputerowe) i podobne - wyłącznie komputery przenośne, takie jak: tablety, notebooki, laptopy Telefony dla sieci komórkowych lub dla innych sieci bezprzewodowych -

28b ex

26.30.22.0 wyłącznie telefony komórkowe, w tym smartfony

W przypadku dostaw towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy zasadę odwróconego VAT stosuje się jeżeli łączna wartość tych towarów w ramach jednolitej gospodarczo transakcji obejmującej te towary, bez kwoty podatku, przekracza kwotę 20.000 zł. Za jednolitą gospodarczo transakcją, o której mowa w ust. 1c, 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.

Przenosząc powyższe na zakres przedmiotowego zamówienia podniósł iż urządzenie typu modem/router nie mieści się w katalogu towarów objętych Załącznikiem nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług. W szczególności, urządzenie to nie spełnia przesłanek uznania za produkty wymienione w poz. 28a-28c tegoż załącznika, gdyż nie jest ani komputerem przenośnym ani też telefonem.

Ponadto jego zdaniem poza sporem jest kwestia, że Zamawiający jasno określił, iż Wykonawcy mają obowiązek wskazać, czy wybór ich oferty doprowadzi do sytuacji obciążenia Zamawiającego obowiązkiem zapłaty podatku VAT. Zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp *in fine* Wykonawca, składając ofertę, zobowiązany, jest do poinformowania Zamawiającego, o tym czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego oraz do wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania. Wykonawca Orange nieprawidłowo wypełnił ten obowiązek, błędnie informując Zamawiającego o obowiązku podatkowym w zakresie oferowanego routera, co oznacza naruszenie przez niego zarówno przepisów ustawy, jak i postanowień SIWZ. Naruszenia te, stanowią zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, podstawę do odrzucenia oferty.

5

Stwierdził, że nieprawidłowe oświadczenie Orange, stanowi błąd, który nie ma wyłącznie charakteru formalnego, polegającego na odmiennym sposobie prezentacji danych, ale posiada charakter merytoryczny, gdyż w wyniku niedostosowania się do określonych przez Zamawiającego zasad dojdzie do ukształtowania treści oświadczenia wykonawcy w sposób sprzeczny w wymaganiami określonymi w SIWZ. Ponadto taki błąd występujący w ofercie Orange nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Jego poprawienie sprowadzałoby się bowiem do poprawienia ceny oferty, czyli jej *essentialia negotii*, a każda zmiana *essentialia negotii* jest zmianą istotną, a zatem niedopuszczalną na gruncie art. 87 ust. 2 Pzp.

Ponadto Odwołujący zarzucił ofercie Orange, że ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ błąd wykonawcy prowadzi do nieprawidłowego określenia kwot netto i brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Z oferty wynika bowiem, że Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za oferowany router w kwocie bez podatku VAT, zaś Zamawiający zobowiązany jest od tej wartości uiścić kwotę podatku. Bez znaczenia jest przy tym skala czy wymiar matematyczny tego błędu, liczy się bowiem sam fakt jego wystąpienia. Dla oceny czy doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie ma również bezpośredniego znaczenia okoliczność czy jego wystąpienie było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę czy też nie miało takiego charakteru (tak w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11). Tym samym, oferta złożona przez Orange podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W stanowisku prezentowanym na rozprawie, które zostanie szerzej zaprezentowane przy merytorycznej

ocenie podniesionych zarzutów wniósł o oddalenie odwołanie. Podobnie Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Orange Polska SA. wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i Przystępującego przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż podniesione w odwołaniu zarzuty nie potwierdziły się i wobec tego odwołanie zostało oddalone.

6

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego nieodrzczenia oferty Przystępującego z powodu iż zaoferowany Zamawiającemu aparat telefoniczny Huawei P8 Lite (zgodnie z ofertą Orange - Model nr 1 w ramach telefonów komórkowych grupy II), nie wspiera usługi HD Voice Izba stwierdziła, że podniesiony zarzut jest niezasadny.

Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający podniósł iż z wydruków ze stron internetowych dotyczących tego modelu telefonu wynika, że zaoferowany telefon spełnia wymagania Zamawiającego stawiane w SIWZ. Wskazał także iż Odwołujący podnosi zarzut co do zaoferowania nieprawidłowego telefonu przez Przystępującego Orange w sytuacji kiedy sam taki telefon w swojej ofercie zaoferował Zamawiającemu uznając, że spełnia postawione w SIWZ warunki. Podobne stanowisko w tej kwestii zaprezentował także Przystępujący Orange Polska SA.

Odwołujący nie kwestionował, że wymaganą funkcję HD Voice wg. opisu technicznego telefon Huawei P8 Lite posiada. Jednakże wskazywał na kwestię, że dystrybuowany w Polsce ten telefon na dzień dzisiejszy nie wspiera funkcjonalności HD Voice, gdyż żaden z operatorów nie posiada w tym zakresie certyfikacji gsm.a. Podkreślił, że aby świadczyć usługę obsługi HD Voice należy po pierwsze, posiadać urządzenie mające taką funkcjonalność, a po drugie, dany operator musi obsługiwać tego rodzaju funkcjonalność. Fakt nie wspierania usługi HD Voice zdaniem Odwołującego wynika w szczególności z treści pisma HUAWEI z 01.12.2015 r. złożonego na rozprawie.

Izba po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, a w szczególności wymagań SIWZ i złożonych przez Zamawiającego dokumentów w tym wydruku ze strony internetowej Odwołującego, uznała za zasadne stanowisko iż wg. postawionych w SIWZ warunków Zamawiający oczekiwał, iż zostanie mu zaoferowany telefon zdolny do wykonywania połączeń telefonicznych z funkcją HD Voice. Natomiast nie był postawiony wymóg, aby ten telefon miał certyfikację i wsparcie operatora na dzień składania ofert i tym samym, aby na ten termin usługa HD Voice mogła być realnie świadczona.

W związku z powyższym niespornym w sprawie okazał się fakt, że telefon ten jest zdolny do dokonywania połączeń HD Voice, a więc w trybie podnoszącym jakość prowadzonych rozmów telefonicznych. Odczytując treść SIWZ stwierdzić należy także, iż oczekiwanie przez Odwołującego, bieżącej możliwości świadczenia funkcji nie wskazanych w SIWZ byłoby żądaniem ponad treść wyrażoną w SIW, co przy ocenie ofert jest niedopuszczalne.

7

Wobec powyższego Izba uznała, że wykonawca Orange Polska SA oferując przedmiotowy telefon spełnił wymagania SIWZ określone przez Zamawiającego i tym samym zarzut został przez Izbę oddalony.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak odrzucenia oferty Orange Polska SA z powodu nieprawidłowego wskazania towarów, których dostawa będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że podanie przez wykonawcę niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy informacji Zamawiającemu, wyczerpuje znamiona podstawy do odrzucenia oferty

wskazanych w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 1; 2 i 6 ustawy Pzp, tj. takie oświadczenie jest niezgodne z ustawą, niezgodne z treścią SIWZ, a ponadto stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty.

Wskazać należy, że wykonawca Orange Polska SA, którego oferta została uznana przez Zamawiającego najkorzystniejszą w postępowaniu podał w złożonym oświadczeniu, że zaofiarowany przez niego router Huawei Orange Airbox 2 Plus stanowi towar, którego dostawa doprowadzi do powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego w zakresie VAT.

Odnosząc się do tego zarzutu na wstępie wskazać należy, że 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. 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.*

Ponadto zgodnie z tym przepisem 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. W przypadku zastosowania odwróconego obciążenia, dostawca towaru lub świadczący usługę, wystawiając fakturę, nie wykazuje w niej stawki i kwoty podatku, gdyż to na nabywcy ciąży obowiązek rozliczenia podatku od tejże transakcji. Oznacza to, że wartość zamówienia nie uwzględnia podatku VAT, jednakże to nie powoduje zmniejszenia kwoty środków niezbędnych dla wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że realizacja zamówienia nadal podlega opodatkowaniu według właściwych stawek, a zmiana dotyczy

8

tylko podmiotu rozliczającego podatek VAT i w takim przypadku to na Zamawiającym, jako nabywcy, ciążyć będzie obowiązek rozliczenia tego podatku.

W przedmiotowym stanie faktycznym, niespornym pomiędzy stronami był fakt, że wykonawca Orange Polska SA, złożył błędne oświadczenie co do zaistnienia stanu prawnego, że to u Zamawiającego wystąpi obowiązek płatności VAT w zakresie oferowanych przez niego routerów. Jednakże urządzenie typu modem/router nie mieści się w katalogu towarów objętych Załącznikiem nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług a nadto urządzenie to nie spełnia przesłanek uznania go za produkty wymienione w poz. 28a-28c tegoż załącznika, gdyż nie jest ani komputerem przenośnym ani też telefonem.

Przechodząc do analizy sytuacji czy ww. analizowanym stanie faktycznym i prawnym, błędem Zamawiającego było nieodrzućenie oferty Przystępującego w oparciu o przepis art. 89 ust.1;2 i 6 Pzp. Izba uznała, że brak jest podstaw prawnych do uwzględnienia tego zarzutu.

Odnosząc się do podstawy z art. 89 ust.1 pkt 6, czyli że złożona oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny Izba wskazuje, że Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11zdefiniował pojęcie ceny na gruncie zamówień publicznych o której mowa w art. 2 pkt 1 Pzp iż *"Definiując w art. 2 pkt 1 pojęcie ceny, ustawodawca odwołał się do ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), który stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Podatek ten (VAT) jest więc niewątpliwie składnikiem ceny, elementem, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o jej wysokości"* (Zdaniem Izby teza ta pozostaje aktualna pomimo zastąpienia ustawy o cenach ustawą z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług Dz.U poz. 915).

Odnosząc się do powyższej definicji stwierdzić należy, że definicja ustawowa ceny nie uwzględnia podatku, jaki powinien doliczyć Zamawiający na podstawie art. 91 ust. 3a Pzp., zaś art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odnosi się do błędu w obliczeniu ceny. W rozumieniu tego przepisu błąd w obliczeniu ceny w zakresie podatku VAT może polegać na zastosowaniu

nieprawidłowej stawki podatku VAT, tj. stawki sprzecznej z przepisami, a nie z powodu niewskazania strony, która będzie zobowiązana ten podatek z organem podatkowym rozliczyć i uiścić.

Odnosząc się do przyjętego w ustawie rozumienia pojęcia cena, należy stwierdzić, że błędne poinformowanie lub niepoinformowanie Zamawiającego przez wykonawcę o obowiązku doliczenia do zaoferowanej ceny podatku VAT, nie ma wpływu na cenę

9

wykonania zamówienia, gdyż ta informacja wykonawcy wobec Zamawiającego jest irrelevantna. Niezależnie od tego czy wykonawca odpowiednią informację zamieści, cena oferty i tak w ostateczności pozostanie bez zmian.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Orange podał cenę za routery wraz z podatkiem VAT. Doliczenie podatku VAT do ceny netto przez wykonawcę nie jest błędem w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem jego oferty, o ile została zastosowana została właściwa stawka tego podatku i umożliwiło to Zamawiającemu dokonanie oceny ofert zgodnie z zasadami ustawy Pzp. Fakt podania określonej, właściwej stawki podatku nie był kwestionowany przez Odwołującego. Na błąd w obliczeniu ceny można by wskazywać wtedy gdyby wykonawca stawki podatku VAT nie wskazał i jej nie doliczył, co w przedmiotowym postępowaniu, jak wskazano powyżej nie miało miejsca. Podobnie w sprawie orzekła Izba w wyroku z 17 września 2015 roku sygn. KIO 1966/15, gdzie Izba uznała, że „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. ... Okoliczność kto ma być płatnikiem podatku VAT (dostawca czy odbiorca) pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia prawidłowości obliczenia ceny oferty”.

Co do wskazanej kolejnej podstawy w oparciu o którą Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy Orange tj. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) Izba uznała iż przesłanka niezgodności z SIWZ z powodu podania błędnej treści oświadczenia Zamawiającemu o jego obowiązku podatkowym nie może być, co do zasady w podstawą do odrzucenia oferty Przystępującego.

Przedmiotowe oświadczenie nie stanowi treści oferty mającej wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast jest elementem oferty i zdaniem Izby mieści się w szerokim określeniu treści oferty, wskazanej w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp.,. Ma ono zastosowanie do ustalenia, kto w postępowaniu nabywca zamówienia czy jego wykonawca będzie obciążony obowiązkiem w podatku VAT. Oświadczenie o powstaniu obowiązku podatkowego u Zamawiającego nie jest oświadczeniem woli na temat sposobu realizacji zamówienia, nie ma także wpływu na realizację przedmiotu zamówienia. Za wyrokiem KIO o sygn. KIO 2432/15 z dnia 20 listopada 2015 roku wskazać, że *przepis art. 91 ust. 3a ustawy Pzp ma charakter jedynie informacyjny – pomocniczy i nie wpływa na ostateczne ukształtowanie obowiązku podatkowego*. Ponadto nie ma wpływu na samo wykonanie zamówienia, nie stoi także na przeszkodzie, aby Zamawiający uzyskał zamawiany przedmiot zamówienia. Ponadto należy podnieść, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób,

10

że nie zapewnia realizacji go w całości. Podkreślić należy także iż Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonych w treści SIWZ wymaganiom.- por. wyrok KIO z 16.01.2012r.KIO 22/12. W stanie faktycznym tego postępowania sytuacja taka nie miała miejsca.

Natomiast w zakresie przywołania w odwołaniu podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego Orange Polska SA z powodu iż złożona oferta jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp) to wskazać należy, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny, oferta sprzeczna z ustawą to taka w której wykonawca ją składający narusza przepisy Pzp. oraz przepisy wykonawcze do tej ustawy, a także przepisy ustaw, do których ustawa Pzp odsyła.

W wypadku niepoinformowania lub błędnego poinformowania Zamawiającego przez wykonawcę na etapie składania oferty o obowiązku Zamawiającego co do doliczenia do ceny

podatku VAT to jest to działanie niezgodne z ustawą. Jednakże zdaniem Izby w tym postępowaniu błędna informacja nie stanowiła takiego uchybienia, które winno skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Jak wyżej wskazano informacja ta ma charakter jedynie informacyjny – pomocniczy dla Zamawiającego, który niezależnie od treści uzyskanej informacji w tym zakresie jest odpowiedzialny za prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego w tym także do właściwego ustalenia wskazanej w ofercie stawki podatku VAT i podmiotu zobowiązanego do jego rozliczenia z organem podatkowym.

Podkreślenia wymaga za wyrokiem Izby z dnia 13 listopada 2015 roku Sygn. akt KIO 2362/15 iż *zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty*. W uzupełnieniu tego stanowiska wskazać należy przykładowo na uregulowany w Pzp obowiązek informowania Zamawiającego przez wykonawców o przynależności do grupy kapitałowej. Ustawodawca wprowadzając w przepisie art. 26 ust 2d ustawy Pzp obowiązek składania listy lub informacji równoległe w art. 24b ust.3 Pzp wprowadził sankcję wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie złożył listy lub wyjaśnień w tym zakresie. W przypadku nie złożenia prawidłowej informacji o tzw. odwróconym podatku VAT ustawodawca jakiegokolwiek sankcji wobec wykonawcy nieskładającego oświadczenia lub składającego błędne oświadczenie nie przewidział. Trudno zakładać, że racjonalny prawodawca w sytuacji składania informacji prawnie podatkowej, pomimo nie wprowadzenia ustawowej sankcji za błędy wykonawców w tym zakresie oczekuje iż każda oferta obarczona błędem, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, czy próby naprawienia omyłki winna być odrzucona.

11

Wobec powyższego Izba stwierdza, że stosowanie przepisów ustawy Pzp przez Izbę nie może prowadzić do nakazywania Zamawiającemu dokonywania czynności odrzucania ofert nie przewidzianych wprost w przepisach ustawy. Izba orzekając nie może opierać się na przesłankach wytworzonych przez Odwołującego dla osiągnięcia konkretnego rezultatu w postępowaniu.

Jednakże należy z całą mocą podkreślić, że fakt wprowadzenia do ustawy Pzp przepisu art. 91 ust.3a nie może być traktowany jako element nie mający znaczenia dla prowadzonego postępowania i ewentualnych konsekwencji dla wykonawcy. Izba oceniając dokumenty tego postępowania stwierdza, że w tym stanie faktycznym nie można, jak tego oczekuje Odwołujący, wywieść z treści ustawy iż w przypadku stwierdzenia braku informacji lub błędnej informacji przekazanej Zamawiającemu w zakresie obowiązku podatkowego należy w sposób bezrefleksyjny dokonać odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Szczególnie w sytuacji kiedy w złożonym formularzu ofertowym Zamawiający otrzymał wszystkie dane aby w sposób prawidłowy i pełny dokonać oceny złożonej oferty. Ewentualne odrzucenie może nastąpić jeśli zostaną wyczerpane możliwości dotyczące zasad oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, a dalej Zamawiający nie będzie mógł ustalić, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. W tym postępowaniu jak wskazano powyżej wykonawca błędnie wskazał rutery jako przedmiot co do którego będzie Zamawiającego obciążał obowiązek podatkowy, ale wskazał także w ofercie co do tego przedmiotu wartość towaru wraz z podatkiem VAT umożliwiając Zamawiającemu prawidłową ocenę oferty.

Izba nie uznaje za zasadne stanowiska Odwołującego, jakoby w sytuacji określonej w przepisie art. 91 ust. 3a Pzp brak było możliwości wyjaśnienia treści złożonego Zamawiającemu oświadczenia w trybie art. 87 ust 1 Pzp. Argumentem za takim stanowiskiem wg. Odwołującego ma być przepis przejściowy art. 12 ust 1 ustawy nowelizującej ustawę o VAT z którego wynika, że poprawa albo uzupełnienie złożonej oferty mogła nastąpić tylko co do postępowań wszczętych przed 01.07.2015 r.. Zdaniem składu orzekającego powyższy przepis należy odczytywać jako przyzwolenie dla Zamawiającego o wystąpienie do wykonawców o złożenie stosownego oświadczenia w zakresie obowiązku podatkowego VAT dla ofert złożonych przed 30 czerwca 2015 roku i jest przepisem *lex specialis* wobec zasady prawnej *Lex retro non agit* (łac. prawo nie działa wstecz). Natomiast nie może być on rozumiany jako podstawa wyłączenia stosowania niektórych ogólnych zasad ustawy Pzp. w zakresie tego oświadczenia, dotyczących badania i oceny ofert złożonych po dniu 1 lipca 2015 roku.

Skład orzekający Izby odnosząc się do powyższego stoi na stanowisku iż

niewyjaśnionej jakiegokolwiek kwestii dotyczącej oferty co do której są wątpliwości. Wyjaśnienia służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i z samej treści oferty. Nie można zgodzić się z poglądem, że składane oświadczenie Zamawiającemu co do ewentualnego jego obowiązku podatkowego wynikającego z art. 91 ust.3a nie jest elementem oferty podlegającym wyjaśnieniu w szczególności, kiedy z tego powodu Zamawiający miałby ofertę tego wykonawcy odrzucić.

Podać należy, że według kodeksu cywilnego oferta w rozumieniu kc-art.66kc w związku z art.14pzp – to oświadczenie drugiej stronie o woli zawarcia umowy, zawierające istotne postanowienia tej umowy. Opierając się na treści Uchwały Sądu Najwyższego z 21.10.2005r.III ZCP 74/2005 uznać należy, że w prawie zamówień publicznych funkcjonuje pojęcie treści oferty w wąskim i szerokim znaczeniu. Na pojęcie oferty *sensu stricte* składa się wyłącznie treść dokumentów świadczących o sposobie wykonania zamówienia /czyli zawierających elementy przyszłej umowy: cenę, sposób i termin wykonania zamówienia itp./ .Natomiast na ofertę w szerokim znaczeniu składa się zarówno treść dokumentów regulujących w jaki sposób zamówienie będzie realizowane/ oświadczenie woli wykonawcy/ jak i treść innych dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków przedmiotowych i podmiotowych w postępowaniu.

W tym postępowaniu Izba nie nakazywała Zamawiającemu wzywania wykonawcy Orange do złożenia wyjaśnień co do treści złożonego oświadczenia, gdyż oferta za wyjątkiem złożonego przedmiotowego oświadczenia była poprawna. W takiej sytuacji Zamawiający mógł dokonać - co uczynił, oceny oferty Przystępującego, bez potrzeby wzywania do wyjaśnienia tej kwestii.

Ponadto odnosząc się do stanowiska Odwołującego iż nie jest możliwe w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie poprawy omyłki w trybie art. 87 ust.2 pkt 3, z tego powodu, że *poprawienie sprowadzałoby się do poprawienia ceny oferty, czyli jej essentialia negotii, a każda zmiana essentialia negotii jest zmianą istotną, a zatem niedopuszczalną na gruncie art. 87 ust. 2 Pzp*. Izba stoi na stanowisku, że sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uzasadniającej odstąpienie przez Zamawiającego od dokonania poprawy.

Reasumując powyższe Izba uznała iż podniesione w odwołaniu zarzuty nie znalazły potwierdzenia w dowodach przedłożonych Izbie i tym samym odwołanie zostało oddalone. Przedmiot orzekania Izby był zakreślony treścią zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu(art. 192 ust.7 Pzp).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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:

.....