Sygn. akt KIO 2271/15

WYROK

z dnia 2 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Natalia Dominikak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 19 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **W&W P. W., Gliwice**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa bonów towarowych na opał dla* świadczeniobiorców *Ośrodka Pomocy Społecznej w Gliwicach* (nr postępowania Z.321.15.2015)
prowadzonym przez zamawiającego: **Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach**
przy udziale wykonawcy: **Sodexo Benefits and Rewards Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie –** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **W&W P. W. z Gliwic** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** 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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2271/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa bonów towarowych na opał dla* świadczeniobiorców *Ośrodka Pomocy Społecznej w Gliwicach* (nr postępowania Z.321.15.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 września 2015 r. pod poz. 256428-2015, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {http://opd.bip.gliwice.eu/ ogłoszenia/zamowienia_publiczne}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 października 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – W&W P. W., Gliwice {dalej również: „W&W"} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sodexo Benefits and Rewards Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Sodexo"}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

19 października 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił w związku z tym Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – przez jego błędne zastosowanie i błędną wykładnię, gdyż cena została z góry określona przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, a zatem Wykonawca nie mógłby popełnić błędu w wyliczeniu ceny.
2. Art. 2 pkt 1 – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji dowolne przyjęcie, że wpisanie stawki VAT w formularzu oferty miało wpływ na obliczenie ceny (narzuconej przez Zamawiającego), gdy w istocie zastosowana stawka nie była błędna, ani nie miała wpływu na wysokość ceny.

3. Art. 7 ust. 1 pkt 1 – przez błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę odrzucenia oferty, mający istotny wpływ na odrzucenie oferty – polegający na błędnym i dowolnym przyjęciu, że oferta Odwołującego jest nieporównywalna z ofertą Sodexo w zakresie ceny, podczas gdy de facto cena brutto oferty w każdym wypadku jest taka sama, została narzucona przez Zamawiającego i to inne kryteria mają decydujący wpływ na wynik postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty – który to błąd prowadzi wprost do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Uchylenia wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Dokonania ponownej oceny i badania ofert, a w efekcie – dokonania ponownie wyboru najkorzystniejszej oferty.
4. *Względnie – z ostrożności procesowej – unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 7, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – a wada ta wynika z nieprawidłowej konstrukcji dokumentów przygotowanej przez Zamawiającego (brak wewnętrznej spójności pomiędzy treścią SIWZ, Wzorem umowy a formularzem oferty).*

Ponadto w uzasadnieniu przedstawiono następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Według relacji Odwołującego za podstawę odrzucenia jego oferty Zamawiający podał błąd w obliczeniu ceny, poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki VAT, precyzując, że opodatkowanie bonów towarowych nie następuje przy ich dostarczeniu (doręczeniu), a dopiero przy wykorzystaniu ich przez beneficjenta. Zamawiający miał wskazać także, że ponieważ w treści SIWZ nie informował o zastosowanej stawce podatku VAT, nie jest możliwe poprawienie tej stawki (omyłki) na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ponadto Zamawiający miał powołać się na wyrok Sądu Najwyższego, który znajduje odzwierciedlenie w bogatej linii orzeczniczej sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podniósł, że o ile stanowisko wynikające z tego orzecznictwa jest słuszne (błędem jest zastosowanie błędnej stawki VAT), o tyle – jak podkreślił – w tej sprawie stan faktyczny jest zgoła odmienny – stawka VAT została przez Odwołującego wskazana prawidłowo, natomiast Zamawiający odrzucił ofertę dlatego, że w ogóle ta stawka została – jak to określił Odwołujący – „wypełniona" w formularzu.

Według Odwołującego w tej sprawie *istotą jest nie tyle błędne zastosowanie stawki*

VAT – co wpisanie jej w tak skonstruowany przez Zamawiającego formularz oferty.
Odwołujący zarzucił, że formularz w tym zakresie wprowadza w błąd – tabela cenowa ma uwidocznione kolumny „cena netto", „wartość VAT", „cena brutto". Ponadto dokumentacja przetargowa błąd ten powiela i utwierdza Wykonawcę w przekonaniu, że rubryki te winny być

wypełnione, przykładowo: pkt 16.4 SIWZ – *wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty ewentualne zmiany stawki podatku VAT;* § 2 ust. 3 wzoru umowy – *W przypadku zwiększenia stawki podatku od towarów i usług cena brutto wskazana w zamówieniu nie ulegnie zmianie* (...)

Odwołujący zwrócił uwagę na to, że Zamawiający stale operuje pojęciami „netto" i „brutto", wspomina o VAT, a jednocześnie odrzucenie oferty uzasadnia w istocie brakiem podatku VAT w przedmiotowej sprawie (nie chodzi o stawkę zerową, czy zwolnienie).

W opinii Odwołującego zważyć jednak należy, że wykonawca przedmiotowego zamówienia będzie musiał VAT odprowadzić, ale nastąpi to w późniejszym czasie, po wykorzystaniu bonu przez beneficjenta i będzie to właśnie stawka 23%. Stąd wpisanie takiej właśnie stawki do formularza oferty *nie było błędem, a w każdym razie nie takim, który skutkuje odrzuceniem oferty*.

Odwołujący podkreślił, że cena została z góry określona przez Zamawiającego i wynosi 799.980,00 zł. Według Odwołującego żaden z wykonawców nie mógłby złożyć innej oferty w tym zakresie, gdyż bony są ekwiwalentem {pieniądza} – każda złotówka przekazana przez Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach na bon, jest w istocie jedną złotówką na opał dla beneficjenta, a siła nabywcza złotówki i bonu pozostaje taka sama.

Zdaniem Odwołującego w rzeczywistości oferty są badane wyłącznie w zakresie dwóch pozostałych kryteriów – liczby punktów {akceptujących boby} na terenie Gliwic oraz liczby dni od zamówienia do dostawy bonów. Wobec tego chybiony jest argument Zamawiającego o nieporównywalności oferty Odwołującego i oferty Sodexo.

19 października 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

22 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Sodexo Benefits and Rewards Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie

z art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie, którego zarzutów jednak nie uznał.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie został złożony wniosek o odrzucenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stroni Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby być potencjalnie uznana za najkorzystniejszą. Kwestionując odrzucenie swojej oferty, Odwołujący wykazał, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne istotne dla sprawy:

Pkt 16. s.i.w.z. zawiera następujące postanowienia odnośnie opisu sposobu obliczenia ceny oferty:
1) oferowaną cenę należy podać w PLN w formularzu oferty – Załącznik nr 1 do SIWZ,
2) cenę podaną w ofercie należy obliczyć, uwzględniając zakres zamówienia określony w niniejszej specyfikacji,
3) cena określona w ofercie nie może ulec zmianie w czasie trwania umowy z zastrzeżeniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp,
4) wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty ewentualne zmiany stawki podatku VAT.
5) w przypadku podmiotów zagranicznych składających ofertę w niniejszym postępowaniu zamawiający doliczy do ceny oferty podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami na terytorium RP.

Załącznik nr 1 do s.i.w.z. obejmuje formularz oferty, w którym w pierwszej kolejności zamieszczono tabelę na wpisanie ceny oferty za wykonanie całego przedmiotu zamówienia w następującym układzie: cena netto {kolumna A}, wartość VAT {kolumna B}, cena brutto {kolumna C}. Ponadto w formularzu pozostawiono również miejsce na wpisanie: liczby dni roboczych okresu, jaki upłynie od zamówienia bonów do ich dostawy, a także liczby punktów, w których będzie można zrealizować bony. Dodatkowo formularz zawiera tabelę na wpisanie wykazu tych punktów z podaniem nazwy i adresu sprzedającego opał.

Zakres przedmiotu zamówienia został określony w pkt 3 *Opis przedmiotu zamówienia.*

W ppkt 3 wskazano, że zakresem zamówienia objęta jest dostawa bonów towarowych dla świadczeniobiorców ośrodka pomocy społecznej na zakup opału w następującej liczbie poszczególnych nominałów:
– 4466 sztuk bonów o nominale 10,00 zł,
– 7616 sztuk bonów o nominale 20,00 zł,
– 6030 sztuk bonów o nominale 100,00 zł.
Termin ważności bonów – co najmniej do 31 grudnia 2017 r.

Zgodnie z ppkt 4 oferowane przez wykonawcę bony muszą być możliwe do zrealizowania na terenie Gliwic w minimum 2 punktach oferujących do sprzedaży opał (w tym węgiel kamienny) i transport na życzenie klienta.

Według ppkt 5 wykonawca zobowiązuje się dostarczyć bony do siedziby Zamawiającego.

Zgodnie z ppkt 6 wykonawca raz na miesiąc (do 15. następnego miesiąca)

zobowiązuje się do dostarczenia raportu, w którym zostanie przedstawiony nr ewidencyjny bonu oraz miejsce, w którym został zrealizowany, wraz z datą realizacji. Dostarczenie ostatniego raportu z realizacji bonów do dnia rozliczenia wszystkich bonów lub do 15 lipca 2016 r. Czas dostawy bonów do 5 dni od dnia przekazania wykonawcy zlecenia, w którym określi wartość i liczbę dostarczonych bonów, nie później niż do 31 marca 2016 r.

§ 2 wzoru umowy dotyczący wynagrodzenia zawiera następujące postanowienia:
{ust. 1} *Cena brutto przedmiotu umowy wynosi 799 980, 00 PLN* (…), *zgodnie ze złożoną*

ofertą – załącznik nr 1 do umowy (załącznik nr 1 SIWZ).
{ust. 2} *Cena obejmuje wszelkie koszty realizacji przedmiotu umowy, w szczególności dostarczenie przedmiotu umowy do siedziby Zamawiającego*
{ust. 3} *W przypadku zwiększenia stawki podatku od towarów i usług cena brutto wskazana w zamówieniu nie ulegnie zmianie. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest do wystawienia faktur zgodnie z ceną brutto podaną w niniejszym zamówieniu. Natomiast w przypadku obniżenia stawki podatku od towarów i usług, wynagrodzenie wskazane w zamówieniu ulegnie stosownemu obniżeniu, z tym* że *kwota netto obliczona z uwzględnieniem obowiązującej w dacie udzielonego zamówienia stawki podatku od towarów i usług nie ulegnie zmianie.*

Wykonawca W&W sporządził ofertę na druku formularza załącznika nr 1 do s.i.w.z.:
– w tabeli wpisał kwoty: {cena netto} 650.390,20 zł, {wartość VAT}149.589,80 zł, {cena brutto} 799.980 zł.
– czas dostawy określił na 1 dzień roboczy;
– liczbę punktów, w których można zrealizować bony towarowe, określił na 12;
– sporządził wykaz tych punktów, przy czym w każdym przypadku wpisał swoją firmę jako nazwę sprzedającego opał.

Pismem z 12 października 2015 r. Zamawiający – wskazując, że działa na podstawie art. 87 ust. 1 pzp – wezwał Wykonawcę W&W do wyjaśnienia dlaczego w ofercie w obliczeniu ceny została zastosowana stawka podatku od towarów i usług w wysokości 23%.

W zakreślonym terminie Wykonawca W&W przesłał pismo z 14 października 2015 r. pn. *Wyjaśnienie dlaczego w postępowaniu przetargowym pt. „Dostawa bonów towarowych na opał dla* świadczeniobiorców *Ośrodka Pomocy Społecznej w Gliwicach" została zastosowana omyłkowo stawka VAT 23%.*

Wykonawca wyjaśnił, że zastosował 23% stawkę VAT, gdyż zasugerował się treścią umowy, tj. konkretnie wyrażeniem „dostawa". Dodał, że ponieważ zwyczajowo w swoich działaniach biznesowych operuje stawką VAT 23%, dlatego omyłkowo tę stawkę VAT zastosował. Stwierdził, że zastosowana stawka VAT nie wpływa jednak na cenę brutto, która została podana w zamówieniu.

W podsumowaniu Wykonawca W&W wyraził oczekiwanie, że jego oferta zostanie pozytywnie rozpatrzona, mimo tej oczywistej omyłki. Zwrócił się do Zamawiającego o poprawienie błędnej stawki VAT *W myśl artykułu 87 ust 2 PZP.*

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy W&W {zamieszczonym w informacji o wyniku postępowania z 14 października 2015 r.} Zamawiający wskazał, co następuje: *w złożonej przez wykonawcę ofercie wystąpił błąd w postaci zastosowania nieprawidłowej stawki VAT. Bony towarowe to dowody uprawniające do nabycia określonych produktów bądź usług. Nie mieszczą się one w definicji rzeczy. Opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają z zasady dostawa towarów i odpłatne* świadczenie *usług, wydanie bonów towarowych nie skutkuje powstaniem obowiązku podatkowego w* świetle *przepisów ustawy o VAT. W postanowieniach SIWZ brak jest informacji na temat zastosowania stawki podatku VAT, co przesądza o braku możliwości poprawienia błędnie podanej stawki podatku od towarów i usług jako omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. W tym przypadku zastosowanie nieprawidłowej stawki musi być uznane z błąd w obliczeniu ceny a taka oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.*
(zamawiający działa zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11. W której stwierdzono, iż określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli bak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki – art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z ar. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sąd Najwyższy podkreślił, że *bez znaczenia jest w takiej sytuacji, czy*

oferent użył błędnej stawki podatku świadomie, *czy też nie.)*

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje – odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że sformułowany w ramach ostatniego

żądania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie podlega kognicji Izby, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp na tym etapie postępowania o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych odwołanie przysługuje wyłącznie od wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty dotyczących wykonawcy wnoszącego odwołanie. Odwołujący nie może zatem domagać się rozpatrzenia zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zakres zastosowania powyższego przepisu w kontekście obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług był przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. Sąd Okręgowy w Koninie postanowieniem z 31 maja 2011 r. sformułował następujące pytanie: *Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) i jest podstawą do odrzucenia oferty?* Sąd Najwyższy rozstrzygając powyższe zagadnienie prawne w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11) udzielił następującej odpowiedzi: *Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).*

Izba zważyła, że Odwołujący nieprawidłowo określił cenę oferty, gdyż przy jej obliczeniu zastosował podatek od towarów i usług, podczas gdy odpłatna dostawa bonów towarowych Zamawiającemu w ogóle nie skutkuje powstaniem takiego obowiązku podatkowego.

Z przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, z późn. zm; dalej również: „ustawa o VAT") wynika, że opodatkowaniu tym podatkiem podlegają (wyliczenie zamieszczone w art. 5 ust. 1): 1) odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju; 2) eksport towarów; 3) import towarów na terytorium kraju; 4) wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów za wynagrodzeniem na terytorium kraju; 5) wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów. Przy czym przez dostawę towarów rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel (art. 7 ust. 1). Towarami są rzeczy ruchome oraz ich części, a także wszelkie postacie energii (art. 2 pkt 6). Natomiast świadczenie usług to każde świadczenie na rzecz

osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów (art. 8 ust. 1).

Zgodnie z jednolitymi interpretacjami organów skarbowych sprzedaż klientom korporacyjnym bonów towarowych nie stanowi ani dostawy towarów o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o VAT, ani świadczenia usług w myśl art. 8 ust. 1 ustawy o VAT i nie mieści się w katalogu czynności opodatkowanych podatkiem od towarów i usług wyznaczonym przez przepis art. 5 ust. 1 ustawy. Bon towarowy stanowi rodzaj znaku legitymacyjnego upoważniającego do odbioru (otrzymania) w oznaczonym terminie określonych towarów i dlatego nie mieści się on w dyspozycji przepisu art. 2 pkt 6 ustawy. Bon nie jest towarem, lecz tylko kwitem, którym można zapłacić za nabywane towary. Zastępuje on środki

pieniężne, za które zwyczajowo nabywa się towary. Przekazania bonów, ze względu na ich specyfikę, nie można też uznać za świadczenie usług, gdyż bony towarowe same w sobie nie zaspokajają żadnych potrzeb – nie stanowią więc autonomicznego świadczenia, a świadczenie jest elementem konstytutywnym usługi. Podatnik w momencie sprzedaży bonów uprawniających do bezgotówkowego zakupu towarów w jego sklepach nie wykonuje czynności podlegającej opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, a tym samym przedstawiona czynność nie powoduje powstania obowiązku podatkowego. Dopiero w momencie realizacji bonu przez klienta, tj. w momencie zakupu na jego podstawie towarów pojawia się obowiązek podatkowy w zakresie czynności dostawy towarów na rzecz podmiotu, który finalnie jest dysponentem bonu.

Zdaniem składu orzekającego Izby skoro nieprawidłowe jest określenie ceny oferty z zastosowaniem podatku od towarów i usług według niewłaściwej stawki, tym bardziej nieprawidłowe jest obliczenie ceny oferty z zastosowaniem tego podatku, który w ogóle nie powinien wystąpić. Niezrozumiałe w tym kontekście jest czynione przez Odwołującego rozróżnienie wskazania stawki VAT od sposobu wypełnienia formularza ofertowego, gdyż w ten sposób Odwołujący dał wyraz obliczeniu ceny oferty polegającym na doliczeniu do ceny netto kwoty VAT według stawki 23%, co potwierdził następnie w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Jednocześnie uzewnętrznione w formularzu obliczenie ceny oferty w oczywisty sposób pokazuje, jaki wpływ na jej wysokość miało zastosowanie podatku od towarów i usług.

Żadne z przywołanych przez Odwołującego postanowień s.i.w.z. nie potwierdza tezy Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu cena oferty była narzucona przez Zamawiającego, a od wykonawców oczekiwano jedynie złożenia oświadczenia o jej akceptacji oraz podania liczby punktów akceptujących bony oraz liczby dni od zamówienia bonów do ich dostawy, czyli sprecyzowania oferty w zakresie pozostałych dwóch kryteriów

branych pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Wręcz przeciwnie, określenie w s.i.w.z. sposobu obliczenia ceny wraz z załączeniem przeznaczonego na to formularza wprost wskazuje, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców sprecyzowania ceny oferty z uwzględnieniem zakresu zamówienia, który określił w ramach opisu przedmiotu zamówienia, czyli podanej liczby bonów o danym nominale. Takiego określenia zakresu przedmiotu zamówienia nie sposób utożsamiać z narzuceniem przez Zamawiającego określonej ceny oferty.

W ocenie Izby ogólne odniesienia w s.i.w.z. do podstawku od towarów i usług nie mogą być uznane za wprowadzające w błąd wykonawcę, który działa z należytą starannością wymaganą od profesjonalisty wykonującego działalność gospodarczą. Z postanowień s.i.w.z. nie wynika również, że Zamawiający nakazał wykonawcom doliczyć do ceny oferty VAT, ani w jakiej wysokości.

Zamawiający nie miał natomiast obowiązku informować wykonawców, że zaoferowanie bonów za niższą lub wyższą cenę niż ich wartość nominalna stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), gdzie za utrudnianie małym przedsiębiorcom , w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej, uznano również emitowanie oraz realizację znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, zarówno oferowanych poniżej, jak i powyżej ich wartości nominalnej. Skonkretyzowanie tych deliktów nastąpiło dopiero w wyniku wejścia w życie 10 listopada 2003 r. ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 126, poz. 1071). Uprzednio powszechną praktyką było konkurowanie przez emitentów bonów towarowych ceną za ich dostawę, która była niższa niż ich wartość nominalna.

Natomiast zgodnie z przywołanym stanowiskiem Sądu Najwyższego w razie złożenia oferty obliczonej z zastosowaniem niewłaściwej stawki VAT, należy rozważyć możliwość jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Według Sądu Najwyższego będzie to jednak możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy w ramach sposobu

obliczenia ceny oferty zamawiający określił stawkę podatku VAT. W okolicznościach tej sprawy konieczne byłoby zatem stwierdzenie, że Zamawiający w s.i.w.z. wskazał, że cena oferty netto jest równa cenie oferty brutto, gdyż nie znajduje tu zastosowania podatek od towarów i usług. Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że s.i.w.z. nie zawiera takiego postanowienia.

Przede wszystkim w okolicznościach tej sprawy nie można stwierdzić o popełnieniu przez Odwołującego omyłki, skoro w treści odwołania podkreśla, że zastosował właściwą stawkę podatku od towarów i usług. Okoliczność, że takie stanowisko oparte jest na błędnych podstawach faktycznych i prawnych, nie ma znaczenia w kontekście możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odwołujący takiego poprawienia się zresztą nie domagał. Oczywiste jest także, że błąd popełniony przez Odwołującego nie wypełnia znamion oczywistej omyłki rachunkowej lub pisarskiej, co wynika choćby ze złożonych przez niego wyjaśnień, a z niedołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przywołanej powyżej uchwały: *Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę. Wystąpienia błędu w obliczeniu ceny nie uchyla nawet obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, niebędące elementem manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, lecz tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p. należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia lub motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT*

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: ……