

WYROK
z dnia 16 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Marek Szafranec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TTcomm S.A, ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki** w dniu 06 grudnia 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 2305, ul. Marsa 80, 04-520 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A, 05-130 Żegrze Południowe**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,

2. Kosztami postępowania obciąża Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A, 05-130 Żegrze Południowe i nakazuje

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **TTcomm S.A, ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

2) dokonać wpłaty kwoty **17.699 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A, 05-130 Żegrze Południowe** na rzecz **TTcomm S.A, ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „Wynajem pasma satelitarnego”, nr postępowania 31/2010, zostało wszczęte przez Jednostkę Wojskową Nr 2305, ul. Marsa 80, 04-520 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 185-282818 w dniu 23.09.2010 r.

W dniu 26.11.2010 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Wojskowych Zakładów Łączności Nr 1 S.A., 05-130 Zegrze Południowe zwanych dalej: „Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A.”, „Przystępującym” albo „Sprzeciwiającym”.

W dniu 06.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, TTcomm S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki zwana dalej: „TTcomm S.A.” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na w/w czynność i zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Wojskowych Zakładów Łączności Nr 1 S.A., mimo iż treść tej oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, co w szczególności dotyczy postanowień zawartych w Rozdz. II pkt 5 i Rozdz. VII pkt 1 „Instrukcji dla wykonawców” (Cz. I SIWZ), jak również mimo iż zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty Wojskowych Zakładów Łączności Nr 1 ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ i błędy w obliczeniu ceny;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący dokonał przeglądu oferty uznanej za najkorzystniejszą i stwierdził, że niniejsza oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Formularz ofertowy zawiera w pkt 3 następujące kwoty dotyczące ceny: 1. netto: 48.500 zł (słownie: czterdzieści osiem tysięcy

1

złotych); 2. brutto: 59.655 (słownie: pięćdziesiąt dziewięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt pięć złotych); 3. w tym VAT (23 % - od 01.01.2011) 11.155 (słownie: jedenaście tysięcy sto pięćdziesiąt pięć złotych). Powyższe wskazuje na to, że Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A. dla obliczenia ceny oferty posłużył się niewłaściwą stawką VAT, bowiem na dzień ogłoszenia (23.09.2010 r.) oraz dzień składania ofert (25.11.2010 r.) w zakresie usług objętych przedmiotowym postępowaniem obowiązywała stawka VAT w wysokości 22 %. Zaznaczył, iż Zamawiający przewidział w SIWZ mechanizm pozwalający na ewentualną zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku zmian w stawkach podatku VAT (Rozdz. XXIV pkt 4 SIWZ). W jego ocenie, Zamawiający jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany sprawdzić prawidłowość zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT (wyrok KIO z dnia 09.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 681/09; wyrok KIO z dnia 10.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 971/09; wyrok KIO z dnia 29.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 917/09; wyrok KIO z dnia 22.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1088/08).

Zgodnie z utrwalonym poglądem judykatury oraz doktryny prawa, zastosowanie błędnej stawki podatku od towarów i usług (VAT) stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (wyrok KIO z dnia 09.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 681/09; wyrok KIO z dnia 10.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 971/09; wyrok KIO z dnia 21.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1258/08; wyrok KIO z dnia 22.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1088/08). Na marginesie dodał, iż w piśmie informującym o wynikach postępowania przetargowego Zamawiający zawarł jednoznaczne porównanie cen ofert netto wykonawców, podczas gdy w treści SIWZ (Rozdz. XII pkt. 1 SIWZ) zostało ustalone, że przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierować się najkorzystniejszą miesięczną ceną brutto.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Przedmiotowy przepis określa minimalne wymaganie jakiemu powinna odpowiadać oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, żeby w ogóle mogła być uznana za ofertę w tym postępowaniu. Wymóg ten oznacza, że oferta uznana za najkorzystniejszą, jak

również i Odwołującego, musi odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w sporządzonej przez niego SIWZ.

Analiza dokumentacji Wojskowych Zakładów Łączności Nr 1 doprowadziła Odwołującego do stwierdzenia, że załącznik do oferty: „*Dowód wniesienia wadium*” nie został podpisany, ani parafowany przez osobę upoważnioną do reprezentowania tegoż wykonawcy. Załącznik ten nie jest opatrzony żadną pieczęcią wskazującą na Wykonawcę. Powyższe fakty wskazują na to, że złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, tzn. postanowieniom zawartym w Rozdz. II pkt 5 oraz Rozdz. VII pkt 1 SIWZ. Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia złożonej oferty. Zdaniem Odwołującego, niezgodność oferty Wojskowych Zakładów Łączności Nr 1 z SIWZ jest niewątpliwa (wyrok KIO z dnia

2

10.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1022/10; wyrok KIO z dnia 24.02.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 158/09; wyrok KIO z dnia 06.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 97/09). Ponadto dla kwestii odrzucenia oferty w oparciu o niezgodność z SIWZ nie ma znaczenia tzw. „*istotność*” danej niezgodności (wyrok KIO z dnia 07.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 534/09)

Podniósł, iż zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto, art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi, że oferta powinna zostać odrzucona, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Powyższe zapisy mają charakter obligatoryjny. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających wprost z Pzp. Formalizm ten uzasadnia stosowanie rygorów ustawowych w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji przetargowej, w związku z czym Zamawiający po otwarciu ofert nie może oceniać złożonych w danym postępowaniu ofert w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji.

Zamawiający w dniu 06.12.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnosząc się do pierwszego zarzutu stwierdził, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, wadium nie jest wprost elementem treści oferty, lecz stanowi określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od której wniesienia Zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym. Uwzględniając powyższe w tym zakresie nie można traktować braku parafy na kopii wniesienia wadium w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, odnoszącego się do niezgodności oferty z ustawą. Jediną podstawą negatywnej oceny zabezpieczenia oferty wykonawcy wadium jest przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, stanowiący o braku wniesienia wadium, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca, gdyż zostało ono wniesione w gotówce na rachunek bankowy Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. W konsekwencji stwierdził, że wniosek Odwołującego o odrzucenie w tym względzie oferty jest bezzasadny, a cel jakiemu służy wadium został spełniony i interes Zamawiającego zabezpieczony. Odnosząc się do drugiego zarzutu stwierdził, że opracowując swoją ofertę kierował się należyłą starannością uwzględniając przy tym bezsporny fakt potrzeby Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, którego rzeczywista realizacja ma się rozpocząć dopiero od stycznia 2011 r. Ponadto, oczywistym dla stron był i jest fakt aktualnej potrzeby Zamawiającego, opisanej

3

w przedmiotowym przetargu, jako kontynuacja dotychczasowych świadczeń w zakresie tego samego przedmiotu zamówienia, które na dzień dzisiejszy i do końca 2010 r. są świadczone przez Przystępującego na podstawie umowy nr 144/WŁiL/2009 z dnia 21.12.2009 roku zawartej z Zamawiającym. W sporządzonej ofercie wyraźnie wskazał, iż 23% stawka VAT będzie obowiązywała od 01.01.2011 r. Zrobił to z pełną świadomością tego stanu rzeczy, kierując się projektem ustawy o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (uchwalonej w dniu 26.11.2010 r.) oraz dodatkowo dobrze pojętym interesem Zamawiającego co do rzeczywistej kwoty koniecznej do zarezerwowania w przyszłorocznym

budżecie MON na potrzeby realizacji przedmiotowego zadania. Przywołana ustawa w art. 19 ust. 2 pkt 5 zmienia z dniem 01.01.2011 r. stawkę podatku VAT z 22% na 23%. Podkreślił, że przedmiotową ustawę przekazano do podpisu Prezydentowi RP dnia 01.12.2010 r. i niewątpliwie można uznać, iż zostanie ona podpisana, Reasumując podkreślił, że pomimo zastosowania w ofercie wyższej stawki VAT (które niebawem wejdzie w życie) jego oferta jako cena brutto jest tańsza od oferty Odwołującego o 7.933,-zł brutto w skali miesiąca, zaś w okresie trwania umowy (24 miesiące) jest tańsza o 190.392,-zł brutto. W obecnej sytuacji odrzucenie jego oferty spowoduje zaprzeczenie celowi przyświecającemu Ustawodawcy w zakresie prawidłowego, a szczególnie gospodarnego wydatkowania środków publicznych.

W dniu 09.12.2010 r. faxem, a 10.12.2010 r. pisemnie Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniosła, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie, w której uwzględniła w całości zarzuty postawione w odwołaniu. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

W dniu 10.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przystępujący na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości przez Zamawiającego odwołania. Kopia sprzeciwu została przekazana Zamawiającemu. W dniu 14.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przystępujący wniósł uzupełnienie do sprzeciwu w formie opinii prawnej. W konsekwencji uwzględnienia odwołania zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuzasadnienie decyzji o uwzględnieniu w całości zarzutów; 2) art. 7 ust. 2 Pzp poprzez podjęcie decyzji o uwzględnieniu w całości zarzutów bez przeprowadzenia ich szczegółowej analizy, a tym samym stworzenie wrażenia u wnoszącego sprzeciw, iż postępowanie nie jest prowadzone w sposób zapewniający bezstronność i obiektywizm.

4

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, ogłoszeniem o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą Przystępującego oraz Odwołującego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26.11.2010 r., odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem do postępowania odwoławczego, uwzględnieniem odwołania, sprzeciwem oraz uzupełnieniem sprzeciwu (opinią prawną), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu złożonych ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku uwzględnienia odwołania, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, oferty Przystępującego oraz Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26.11.2010 r., odwołania wraz z załącznikami, przystąpienia do postępowania odwoławczego, uwzględnienia, sprzeciwu oraz uzupełnienia sprzeciwu (opinii prawnej).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że załączono do niej: „Dowód wniesienia wadium” nie podpisany, ani nie parafowany przez osoby upoważnione do reprezentowania Przystępującego, tudzież nie opatrzony żadną pieczęcią wskazującą na Przystępującego, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

„Wszystkie strony oferty, jak również wszystkie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu – muszą być ponumerowane i parafowane przez osobę uprawnioną do podpisania oferty”. Zaś w Rozdz. VII pkt 1 Cz. I: „Instrukcja dla Wykonawców” SIWZ określił, że: „W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca musi załączyć do oferty następujące (ponumerowane i parafowane na każdej stronie) oświadczenia i dokumenty: 1) dowód wniesienia wadium.”; „Nie złożenie lub nie uzupełnienie w wyznaczonym terminie dokumentu, o którym mowa w ust. 1 pkt. 1 spowoduje wykluczenie Wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt. 4) i odrzucenie oferty (art. 24 ust. 4)” [Rozdz. VII pkt 2 Cz. I: „Instrukcja dla Wykonawców” SIWZ].

Przystępujący załączył wraz z ofertą: „Dowód wniesienia wadium” (str. 4 oferty). Stanowiący potwierdzenie transakcji: „Wadium w przetargu – nr referenc. 31/2010”; kwota 13.000,00; zawierający następujące sformułowanie: „Wygenerowane elektronicznie potwierdzenie realizacji polecenia przelewu. Dokument sporządzony na podstawie art. 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 Prawa bankowego (Dz. U. Nr 72 z 2002 roku, poz. 665 z późniejszymi zmianami). Nie wymaga podpisu ani stempla”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że w przedmiotowym stanie faktycznym możemy mieć co najwyżej do czynienia z uchybieniem co do formy, a nie co do treści oferty. Jeżeli oferta spełnia cel wymagań formalnych, ale w sposób niekoniecznie taki, jak żądał Zamawiający, to istotne było, czy cel został osiągnięty, a nie czy forma stanowi odzwierciedlenie życzeń Zamawiającego (podobnie w wyroku KIO z dnia 15.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 277/08, sygn. akt: KIO/UZP 286/08). Bezsprzecznie złożona przez Przystępującego oferta została skutecznie zabezpieczona wymaganą kwotą wadium – wniesionym w formie przelewu na rachunek Zamawiającego – został więc osiągnięty cel jaki przyświeca wadium. W konsekwencji formalna niezgodność: „Dowodu wniesienia wadium”, tzn. okoliczność, że niniejszy dokument nie odpowiada pod względem formalnym treści SIWZ nie może skutkować odrzuceniem oferty. Można także uznać, że skoro „Dowodu wniesienia wadium” stanowi integralną część oferty, która zawiera wszystkie wymagane podpisy osób upoważnionych, nie musi dla swej ważności zawierać podpisów, czy też paraf.

Po drugie, Izba zauważa, że sama podstawa formalno-prawna zarzutu jest chybiona, gdyż konsekwencją podważenia skuteczności wniesienia wadium jest brak wniesienia wadium, czyli art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, co skutkuje wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzuceniem oferty, ale jako jego skutek (art. 24 ust. 4 Pzp). Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp formułuje tylko i wyłącznie wymóg wniesienia wadium do upływu składania ofert, nie uzależnia uznania jego skuteczności od spełnienia wymogów formalnych, tym bardziej,

iż wadium zostało skutecznie wniesione na rachunek Zamawiającego do upływu składania ofert w formie przelewu bankowego. Powyższe skutkuje także, tym, jak wynika z treści samego dokumentu, że: „Wygenerowane elektronicznie potwierdzenie realizacji polecenia przelewu. Dokument sporządzony na podstawie art. 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 Prawa bankowego (Dz. U. Nr 72 z 2002 roku, poz. 665 z późniejszymi zmianami). Nie wymaga podpisu ani stempla”.

Dodatkowo Izba wskazuje, że wadium samo w sobie nie stanowi treści oferty, a jedynie stanowi jej finansowe zabezpieczenie na okoliczności ewentualnej odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wybranego w postępowaniu Wykonawcę, nie wniesienia przez niego wadium, czy też nie uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tym samym w tym zakresie dla wykluczenia Wykonawcy z postępowania ma znaczenia ocena możliwości prawnego i faktycznego skorzystania przez Zamawiającego z wadialnego zabezpieczenia biorąc pod uwagę wymogi przepisów Pzp. Wymogi dotyczące wadium określane w postanowieniach SIWZ mają w tym zakresie wyłącznie charakter formalny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że zawiera ona błędy w obliczeniu

ceny, tj. dla obliczenia ceny oferty Przystępujący posłużył się niewłaściwą (nieistniejącą) stawką podatku VAT, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. VIII pkt 1 Cz. I: „Instrukcja dla Wykonawców” SIWZ wskazał, że: „Wykonawca podaje miesięczną wartość oferty netto, stawkę i kwotę VAT oraz miesięczną wartość oferty brutto.”, a w pkt 5 niniejszego rozdziału zawarł zapis, iż: „Cena musi obejmować wszystkie należności związane z wykonaniem umowy, do których poniesienia zobowiązany będzie Zamawiający, w tym należne cła i podatki”. Zaś w Rozdz. XI pkt 10 Cz. I: „Instrukcja dla Wykonawców” SIWZ określił, że: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści SIWZ; 6) zawiera błędy w obliczeniu cen.”. Z kolei w Rozdz. XII pkt 1 Cz. I: „Instrukcja dla Wykonawców” SIWZ Zamawiający podniósł, że: „Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierować się najkorzystniejszą ceną (miesięczną wartością oferty brutto)”. Natomiast, w Rozdz. XXIV pkt 4 Cz. I: „Instrukcja dla Wykonawców” SIWZ uregulował, że: „Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany w postanowieniach umowy w stosunku do treści oferty w następujących okolicznościach: a) zmiana stawki VAT, jeżeli zmiana ta będzie wynikała ze zmian przepisów prawa, w takim wypadku do rozliczeń stała zostanie podana

7

przez Wykonawcę stawka netto i odpowiednio do zmiany stawki VAT zostanie wyliczona wartość brutto, zmiana taka może spowodować zmianę wartości umowy i będzie wprowadzona aneksem.”.

W ramach formularza ofertowego Przystępujący zawarł w pkt 3 następujące kwoty dotyczące ceny: 1. netto: 48.500 zł (słownie: czterdzieści osiem tysięcy pięćset złotych); 2. brutto: 59.655 (słownie: pięćdziesiąt dziewięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt pięć złotych); 3. w tym VAT (23 % - od 01.01.2011) 11.155 (słownie: jedenaście tysięcy sto pięćdziesiąt pięć złotych).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska przywołanego w opinii prawnej Przystępującego (złożonej w ramach uzupełnienia sprzeciwu), co do uznania, że błąd w zastosowanej przez Wykonawcę w ofercie stawce podatku VAT nie ma znaczenia dla stwierdzenia, że w cenie ofertowej popełniono błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Izba uznaje za stanowiskiem sądu powszechnego, że: „Izba, podobnie jak sąd, ma prawo i obowiązek oceniać wszystkie elementy stanu faktycznego mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia, na podstawie obowiązującego stanu prawnego. (...)W tej sytuacji, Izba mogła i powinna ocenić, czy wykonawca wskazał właściwą stawkę podatku VAT” (Wyrok SO w Warszawie z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: V Ca 1360/09).

Należy bowiem zauważyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert jest - cena brutto, którą stanowi - 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.) zwanej dalej: „ustawą o cenach” w związku z art. 2 pkt 1 Pzp - wartość wyrażoną 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 lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Istotnym jest więc rozstrzygnięcie, czy zastosowana stawka podatku VAT, która wchodzi w zakres ceny oferty (stosownie do definicji ceny z przywołanego przepisu ustawy o cenach) ma wpływ na jej wysokość, jest stawką właściwą, zgodną z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. W konsekwencji, istotne jest jaką stawkę podatku VAT, Wykonawca ujął w cenie ofertowej (cenie brutto) albowiem pozwoli to ocenić, czy Wykonawca w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Stanowi ona bowiem niewątpliwie istotny ustawowy element cenotwórczy. Zgodnie zaś z orzecnictwem, które Izba podziela, błędne podanie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który – na podstawie przepisów Pzp - nie podlega poprawie i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

8

Po drugie, okoliczność, iż podanie w ofercie błędnej stawki podatku VAT stanowi

podstawę odrzucenia oferty, błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp potwierdza jednolite w tym zakresie orzecznictwo sądów okręgowych. Idąc za tym orzecznictwem należy wskazać, że: „(...) Błąd w obliczeniu ceny nie jest błędem rachunkowym, lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny (klasycznym przykładem jest tu przyjęcie przez oferenta wadliwej wysokości stawki podatku VAT). (...) o błędzie w obliczeniu ceny można mówić wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie przyjmuje nieprawidłowe założenia i na ich podstawie wylicza cenę” (Wyrok SO w Katowicach z dnia 28.09.2009 r., sygn. akt: XIX Ga 372/09); „Błędem w obliczeniu ceny jest bowiem w tym przypadku przyjęcie niewłaściwych danych (tu: stawki podatku VAT) do jej obliczenia, błąd ten wynika z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego z mylnego wyobrażenia o stanie rzeczywistym. (Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 17.06.2009 r., sygn. akt: X Ga 341/09).

W konsekwencji z „błędem w cenie” w szczególności będziemy mieli do czynienia, w ocenie Izby, w sytuacji błędnego wskazania obowiązującej, należnej stawki podatku VAT (w przedmiotowym stanie faktycznym – nieistniejącej stawki podatku VAT – w terminie składania ofert). Okoliczność błędnego wskazania należnej stawki podatku VAT jest okolicznością bezsporną między stronami postępowania i jego uczestnikami i w ocenie Izby nie wymaga dowodu. Okoliczność uchwalenia Ustawy z dnia 26.11.2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (podpisanej przez Prezydenta RP dnia 13.12.2010 r.), która zgodnie z art. 19 ust. 2 pkt 5 niniejszej ustawy zmienia z dniem 01.01.2011 r. stawkę podatku VAT z 22% na 23%, jest bez znaczenia dla przedstawionego stanu faktycznego. W przedmiotowym stanie faktycznym wiążąca była bowiem stawka obowiązująca w terminie składania ofert, zaś kwestia ewentualnej jej zmiany była uregulowana w ramach Rozdz. XXIV pkt 4 Cz. I: „Instrukcja dla Wykonawców” SIWZ w związku z art. 144 ust.1 Pzp. Zamawiający, biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SIWZ, będzie miał prawo do wprowadzenia zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego w przypadku zmiany stawki podatku VAT w oparciu o obowiązujące w czasie realizacji przedmiotu zamówienia stawki.

Po trzecie, w ocenie Izby, Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwe stawki podatku od towarów i usług. Podobnie Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 17.06.2009 r., sygn. akt: X Ga 341/09: „W obrocie cywilnoprawnym cena brutto oferty tworzona jest poprzez dodanie do uprzednio określonej wartości netto usługi obliczonej wartości podatku VAT według właściwej stawki podatkowej, taki zresztą sposób obliczenia ceny wskazano w SIWZ „wykonawca określi cenę w kwotach netto i brutto z wyodrębnieniem podatku VAT” i przy takim obliczeniu ceny może dojść do błędu już wyżej opisywanego. (.....) w opinii Sądu Okręgowego zamawiający ma nie tylko

9

prawo, ale i obowiązek zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwe stawki podatku od towarów i usług (...). Nie mniej istotna jest okoliczność, że zgodnie z art. 91 ust. 3 a Pzp: „Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić z godnie z obowiązującymi przepisami”. Dopuszczenie dwóch różnych stawek podatku VAT, doprowadziłoby bowiem do porównywania ofert w ramach czynności badania i oceny ofert, *de facto* nieporównywalnych. Zaś uznanie za prawidłową cenę z błędnie podaną stawką podatku VAT naruszałoby interesy innych Wykonawców, biorących udział w postępowaniu i jako sprzeczne z prawem stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji i mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

Zgodzić należy się z Przystępującym, że Wykonawca zgodnie z przepisami prawa podatkowego odpowiada za ustalenie ceny ofertowej, w tym wskazanie właściwej stawki podatku VAT. Powyższe odnosi się wprost do etapu realizacji zamówienia. Warto jednak podkreślić, że ustawodawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sytuację związaną z błędem w obliczeniu ceny zakwalifikował, jako szczególną sytuację skutkującą odrzuceniem oferty bez możliwości jej konwalidowania. Powyższe należy odnosić do etapu badania i oceny ofert, w którym to etapie postępowania Zamawiający ma również obowiązek zweryfikować oferty pod kątem dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Oferty składane w postępowaniu powinny uwzględniać powszechnie obowiązujące w tej mierze przepisy

prawa podatkowego dotyczące ustalania właściwych stawek podatku VAT, a w sytuacji braku uwzględnienia przez Wykonawcę tych przepisów kwestia ta podlega – wedle przyjętego w tym względzie stanowiska ustawodawcy – ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Powyższe związane jest z zachowaniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Łzba wyraża pogląd, że stawka podatku VAT na etapie oceny ofert ma znaczenie dla prawidłowości złożenia oferty, pod kątem ewentualnego popełnienia w ofercie błędu w obliczeniu ceny. Przepisy podatkowe dotyczące odpowiedzialności Przedsiębiorcy (Wykonawcy) za ustalenie stawki podatku VAT w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na tym etapie badania i oceny ofert, oceniane powinny być w kontekście *lex specialis* przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, odnoszącego się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okolicznością potwierdzającą takie stanowisko w sprawie jest także wykładania systemowa przepisów Pzp.

Z jednej bowiem strony sam art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, odnoszący się do ceny ofertowej, która poprzez odesłanie do ustawy o cenach została zdefiniowana w przepisach

10

Pzp, stanowi podstawę uznania, że zastosowanie przy ustaleniu przez Wykonawcę ceny ofertowej, niewłaściwej stawki podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny i to niezależnie od tego, czy cena ofertowa kształtowana jest przez Wykonawcę poprzez wyjście od ceny netto, czy też ceny brutto. Zawsze bowiem elementem składowym ceny ofertowej brutto, zgodnie z definicją ustawową, jest właściwa stawka podatku VAT.

Z drugiej strony art. 91 ust. 3 a Pzp, jak wskazywano powyżej, stanowi, że jeżeli w postępowaniu złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przywołany przepis wskazuje, że z punktu widzenia ustawodawcy zastosowanie właściwej stawki podatku VAT w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest istotne dla porównywalności ofert składanych w tym postępowaniu i wybory oferty najkorzystniejszej.

Łzba wydając orzeczenie wzięła pod uwagę wyrok z 09.06.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 681/09, wyrok KIO z dnia 10.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 971/09, wyrok KIO z dnia 01.04.2010 r., sygn. akt: KIO 329/10, wyrok KIO z dnia 28.06.2010 r., sygn. akt: KIO/1124/10, sygn. akt: KIO/1126/10, jak i wyrok KIO z dnia 17.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2420/10, jak również utrwaloną linię orzecniczą w tym zakresie prezentowaną przez sądy okręgowe rozpoznające sprawy skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (Wyrok SO w Koninie z dnia 19.05.2009 r., sygn. akt: II Ca 202/09; Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 17.06.2009 r., sygn. akt: X Ga 341/09; Wyrok SO w Warszawie z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: V Ca 1360/09; Wyrok SO w Katowicach z dnia 28.09.2009 r., sygn. akt: XIX Ga 372/09; Wyrok SO w Olsztynie z dnia 09.10.2009 r., sygn. akt: IX Ca 736/09; Wyrok SO w Olsztynie z dnia 06.11.2009 r., sygn. akt: IX Ca 709/09; jak i Wyrok SO w Poznaniu z dnia 17.12.2009 r., sygn. akt: X Ga 458/09). Powyższe stanowisko zostało podzielone także przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w publikacji: „*Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.*”, Warszawa, 2008 r. (str. 118).

Biorąc powyższe pod uwagę, Łzba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Łzba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

11

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Łzba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (2.699,00 zł) zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....