

WYROK

z dnia 13 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **11 grudnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 listopada 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **CEZAR C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu komputerowego dla Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Elblągu* (nr postępowania ZP/PN/2312/10/1826/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Elblągu**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz uwzględnienie tej oferty przy dokonywaniu kolejnych czynności w prowadzonym postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

Sygn. akt KIO 2419/19

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Elblągu**.

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Elblągu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa sprzętu komputerowego dla Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Elblągu* (nr postępowania ZP/PN/2312/10/1826/2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 4 października 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_192 pod poz. 465900.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 listopada 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego CEZAR C. M. i P. G. sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu {dalej również w skrócie „Cezar”} o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania w zakresie części I zamówienia.

29 listopada 2019 r. Odwołujący Cezar wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów pzp:

1. Art. art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w części I w sytuacji, gdy była ona w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w części I w sytuacji, gdy nie zawierała ona błędu w obliczeniu ceny.
3. {z ostrożności procesowej} Art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części I zamówienia:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący w szczególności następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, co następuje:

W części I przedmiotem zamówienia – zgodnie z pkt 1.1. załącznika nr 2.1. do SIWZ – była dostawa sprzętu komputerowego w zakresie: 1) projektor multimedialny model 1 – 5 szt., 2) projektor multimedialny model 2 – 5 szt., 3) jednostka centralna komputera model 1 – 1 szt., 4) jednostka centralna komputera model 2 – 107 szt., 5) jednostka centralna komputera model 3 – 19 szt., 6) monitor model 1 – 127 szt., 7) jednostka centralna komputera model 4 – 4 szt., 8) monitor model 2 – 4 szt., 9) serwer –1 szt., 10) urządzenie wielofunkcyjne model 1 – 1 szt., 11) urządzenie wielofunkcyjne (kolor) –1 szt., 12) laptop – 22 szt., 13) Głośniki – 8 kpl., 14) Urządzenie wielofunkcyjne model 2 – 4 szt., 15) Dysk SSD – 31 szt., 16) Jednostka centralna komputera model 5 – 2 szt., 17) Projektor z ekranem projekcyjnym i wyposażeniem – 6 kpl.

Zgodnie z wzorem formularza oferty – załącznikiem nr 1 do SIWZ dla każdej z wyżej wymienionych pozycji asortymentowych należało podać m.in. stawkę podatku VAT.

W rozdziale XII SIWZ Zamawiający określił opis sposobu obliczenia ceny.

Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu oferty (ZAŁĄCZNIK Nr 1) ceny oferty brutto za realizację przedmiotu zamówienia- w zakresie oferowanej części zamówienia- obliczonej na podstawie iloczynu ilości urządzeń określonych przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia (ZAŁĄCZNIK Nr 2.1, 2.2, 2.3) oraz ich cen jednostkowych netto, obowiązującej stawki podatku VAT, wartości netto, wartości brutto (pkt 1.).

Zamawiający będzie korzystać z zapisów art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (załącznik nr 8) – dostawa opodatkowana stawką 0% VAT(Dz. U. z 2016 poz. 710 z późn. zm.). Wykonawca po uzyskaniu przez Zamawiającego zgody Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, uzyskanej nie wcześniej niż po podpisaniu umowy o udzielenie zamówienia, na zastosowanie stawki 0% VAT, zobowiązuje się do wystawienia faktury z stawką 0% VAT lub korekty wcześniej wystawionej faktury, jeżeli zastosowano inną stawkę VAT (pkt 10.)

Analogiczne postanowienie zostało powtórzone jeszcze dwukrotnie w specyfikacji tj. w rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia pkt 4. oraz w § 6 ust. 2 projektu umowy – załączniku nr 5 do SIWZ.

Cezar w poz. 3.-9. i 16. formularza oferty dla części I zastosował stawkę podatku VAT wynoszącą 0%.

Zamawiający odrzucił ofertę Cezara na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp z uwagi na zastosowanie w poz. 3.-9. i 16. formularza oferty stawki podatku VAT wynoszącej 0% i obliczenie wartości brutto poszczególnych urządzeń z uwzględnieniem tej stawki.

W ramach uzasadnienia Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług zastosowanie 0% stawki podatku VAT przy dostawie sprzętu komputerowego dla placówek oświatowych, o których mowa w załączniku nr 8 do ww. ustawy, wymaga uprzedniego spełnienia warunków określonych w art. 83 ust. 13-15 ww. ustawy, w tym m.in. Wykonawca musi posiadać stosowne zamówienie potwierdzone przez organ nadzorujący placówkę oświatową, co nie jest możliwe do osiągnięcia na etapie złożenia oferty w postępowaniu. Zatem na etapie składania oferty Wykonawca nie ma pewności co do tego, że stawka VAT 0% znajdzie w danym przypadku zastosowanie, w związku z czym powinien wkalkulować w cenę oferty podstawową stawkę podatku VAT, czyli w tym przypadku 23%. Możliwość rozliczenia się za zrealizowaną dostawę przy 0% stawce podatku VAT będzie zależna od czynności podjętych przez Zamawiającego po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. po wystąpieniu do Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego o zaświadczenie zezwalające na zastosowanie stawki 0%. Wobec powyższego na etapie składania ofert Wykonawca winien zastosować stawkę 23%.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 26 lit. a ustawy o podatku od towarów i usług stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się dostaw sprzętu komputerowego dla placówek oświatowych – przy zachowaniu warunków, o których mowa w ust. 13-15, tj.

1. Opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% podlegają towary wymienione w załączniku nr 8 do ustawy.
2. Dokonujący dostawy stosuje stawkę podatku 0% pod warunkiem posiadania stosownego zamówienia potwierdzonego przez organ nadzorujący daną placówkę oświatową, zgodnie z odrębnymi przepisami.
3. Dostawca obowiązany jest przekazać kopię dokumentów, o których mowa w pkt poprzedzającym, do właściwego urzędu skarbowego.

Ponadto w art. 43 ust. 9 ustawy o podatku od towarów i usług zdefiniowano, że przez placówki oświatowe, o których mowa w art. 83, rozumie się szkoły i przedszkola publiczne i niepubliczne, szkoły wyższe i placówki opiekuńczo-wychowawcze.

Odwołujący zauważył, że zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN „potwierdzić” znaczy: „stwierdzić lub poświadczyć prawdziwość, wiarygodność albo istnienie czegoś” (<https://sip.pwn.pl/sjp/potwierdzic:2506374.htm>).

Odwołujący podkreślił, że potwierdzenie zamówienia, o którym mowa w art. 83 ust. 14 ustawy o podatku od towarów i usług, dotyczy jedynie potwierdzenia przez organ nadzorujący, że odbiorcą dostawy jest placówka oświatowa. Celem potwierdzenia jest zaświadczenie przez organ nadzorujący, że nabywany towar trafi do jednostek oświatowych. Organ nadzorujący nie rozstrzyga o możliwości zastosowania stawki 0%, a jedynie dokonuje potwierdzenia (składa oświadczenie wiedzy), czy Zamawiający posiada status placówki edukacyjnej. Jeżeli więc w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający jako uczelnia wyższa jest placówką oświatową w rozumieniu art. 43 ust. 9 ustawy o podatku od towarów i usług, uzyskanie potwierdzenia zamówienia przez organ nadzorujący stanowi jedynie formalność, które ma charakter zbliżony do zdarzenia pewnego.

Odwołujący podniósł, że zarówno w zawiadomieniu o dorzuceniu oferty, jak i w powyżej przywołanych postanowieniach SIWZ Zamawiający posłużył się mylącym stwierdzeniem, że możliwość zastosowania stawki VAT 0% uzależniona jest od zgody organu nadzorującego, co sugerowałoby, że jest to oświadczenie woli. Nie zmienia to jednak faktu, że według przepisów nadzorujący dokonuje jedynie potwierdzenia zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że przywołane postanowienie (3-krotnie powtózone w SIWZ) miał prawo zrozumieć jako zobowiązanie się Zamawiającego do dokonania wszelkich czynności umożliwiających wykonawcy wystawienie faktury VAT po wykonaniu zamówienia z zastosowaniem 0% stawki podatku VAT. Odwołujący mógł zakładać, że możliwe jest zastosowanie 0% stawki podatku VAT do pozycji, które mogły podlegać takiej stawce jako wymienione w załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że argumentacja Zamawiającego co do konieczności zastosowania w ofercie stawki 23%, a na etapie realizacji dostawy rozliczenia się przy stawce 0%, powodowałaby konieczność wprowadzenia zmian w umowie, podczas gdy w załączniku nr 5 do SIWZ – projekcie umowy nie przewidziano możliwości dokonania takiej zmiany. W § 12 ust. 3 pkt 2 lit. a projektu umowy przewidziano jedynie możliwość zmiany wynagrodzenia w wyniku zmian obowiązujących przepisów tj. ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług, co w tym stanie faktycznym nie ma miejsca.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Alternatywnie Odwołujący podniósł, że gdyby nawet uznać, że z przywołanych postanowień powyżej postanowień SIWZ i projektu umowy wynikał obowiązek podania stawki podatku VAT w wysokości 23% w poz. 3-9 i 16 formularza oferty dla części I, Zamawiający mógł poprawić wskazaną niezgodność w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem Odwołującego poprawa nie spowodowałaby zmiany treści jego oferty, gdyż cena netto jego oferty jest niższa od ceny netto wykonawcy, którego oferta została uznana

za najkorzystniejszą.

Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że nie uznaje zarzutów odwołania i wniość o jego oddalenie w całości.

Do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

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. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zuwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Natomiast Zamawiający stwierdził, że w SIWZ informował, że zamierza skorzystać z przepisu ustawy o podatku VAT umożliwiającego zastosowanie stawki referencyjnej 0%, ale nastąpi to dopiero po uzyskaniu zgody ministerstwa, nie wcześniej niż po podpisaniu umowy.

Według Zamawiającego nie ma znaczenia, że potwierdzenie wg terminologii ustawy o podatku VAT nazwano zgodą, istotne jest, że odesłano do właściwego przepisu ustawy o podatku VAT, a także podano termin, w którym nastąpi wystąpienie o potwierdzenie. Na chwilę składania ofert Zamawiający nie dysponował ani potwierdzeniem statusu placówki oświatowej, ani żadną promesa w tym zakresie.

Poza tymi informacjami Zamawiający co do określenia stawki VAT w ofercie wskazał jedynie w SIWZ, że ma być to stawka obowiązująca na dzień składania ofert, co należało rozumieć jako stawkę podstawową.

Zamawiający zauważył, że adekwatnie do informacji zamieszczonej w SIWZ przewidział jako jedną z okoliczności zmiany umowy w sprawie tego zamówienia publicznego, uzyskanie stosowanego potwierdzenia i zmianę dla tych pozycji zamówienia części I, dla których jest to możliwe, stawki z podstawowej na referencyjną 0%. Wskazał dodatkowo na § 12 ust 2 pkt 10 wzoru umowy, gdzie określono zmiany umowy korzystne dla Zamawiającego jako dopuszczalne.

Zdaniem Zamawiającego w tych okolicznościach nie można traktować uzyskania potwierdzenia wymaganego przepisami jako zdarzenia przyszłego, które ma charakter

pewny.

Zamawiający nie miał również podstaw do potraktowania wskazania przez Odwołującego w ofercie stawki 0% dla niektórych pozycji jako omyłki. Po pierwsze, w piśmie z 7 listopada 2019 r. Wykonawca wprost potwierdził, że uznaje taką stawkę za właściwą. Po drugie, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego przy braku wskazania w SIWZ konkretnej stawki jako właściwej, nie można było tego uznać za omyłkę, a za błąd w obliczeniu ceny, który powoduje konieczność odrzucenia ofert.

Zamawiający nie zaprzeczył, że posiada status placówki oświatowej w rozumieniu ustawy o podatku VAT, ale podkreślał, że wg przepisów tej ustawy wymagane jest każdorazowe potwierdzenie tego statusu dla każdego zamówienia odrębnie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że 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 wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

Niesporne było, że poz. asortymentowe, dla których Cezar w formularzu oferty wpisał stawkę 0% VAT: po pierwsze – dotyczą towarów wymienionych w załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług, po drugie – są one zamawiane na potrzeby własne Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Elblągu jako placówki oświatowej w rozumieniu art. 43 ust. 9 ustawy o podatku od towarów i usług.

Niesporne było również, że po podpisaniu umowy Zamawiający zamierza uzyskać dla tego zamówienia w powyższym zakresie potwierdzenie Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego jako organ nadzorującego.

Na rozprawie okazało się, że nie ma również sporu co do tego, że jest to *de facto*

potwierdzenie statusu Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Elblągu jako uczelni wyższej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, które jest potwierdzeniem określonego faktu, a nie decyzją czy zgodą administracyjną.

Poza wszelkim sporem było również, że to Cezar jako dostawca obowiązany będzie przekazać kopię potwierdzonego w ten sposób zamówienia do właściwego urzędu skarbowego.

Innymi słowy, w tej sprawie niesporne było, że Zamawiający będzie korzystał z art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (załącznik nr 8) – dostawy opodatkowanej stawką 0%, o czym trzykrotnie wspomniano w s.i.w.z.

Spór sprowadzał się do tego, czy ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikało, że w formularzu oferty (dla poz. asortymentowych dotyczących towarów wymienionych w załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług) należy wpisać:

- stawkę podstawową, na takich warunkach zostanie zawarta umowa, a zmiana stawki na 0% będzie przedmiotem zmiany umowy po uzyskaniu dla tego zamówienia powyżej opisanego potwierdzenia (tak według Zamawiającego),
- czy też stawkę 0% jako docelową, która będzie właściwa dla dostawy objętej tym zamówieniem (jak postąpił Odwołujący).

Izba stwierdziła, że skoro zarówno w ramach opisu przedmiotu zamówienia (rozdział III pkt 4.), jak i sposobu obliczenia ceny *de facto* oferty (rozdział X pkt 10.) s.i.w.z. wskazywała na to, że dostawa objęta tym zamówieniem będzie opodatkowana stawką 0% (ostatni, 10. pkt tego rozdziału), wykonawca jako adresat tych postanowień był uprawniony do wskazania takiej stawki w ofercie jako obowiązującej dla pozycji przedmiotu zamówienia, które dotyczą towarów ujętych w załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług. W szczególności należy podkreślić, że rozdział X dotyczący sposobu obliczenia ceny oferty rozpoczyna się (w pkt 1.) od ogólnego wskazania na „obowiązującą stawkę VAT”, a kończy się (w pkt 10) powołaniem się na konkretny przepis ustawy o podatku od towarów i usług i wskazaniem wprost stawki 0% jako właściwej dla zakresu rzeczowego objętego załącznikiem nr 8 do tej ustawy.

Taką interpretację tych postanowień specyfikacji wzmacnia również brak przewidzenia wprost w ramach okoliczności uzasadniających zmianę umowy, które zostały wyszczególnione w § 12 ust. 3 pkt 1-10 wzoru umowy, zmiany stawki w oparciu o 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do pkt 1-9, pkt 10, na który powoływał się na rozprawie Zamawiający {w przypadku, gdy zmiany te będą korzystne dla Zamawiającego bez zwiększenia ustalonego wynagrodzenia ani jego części} jako jedyny nie znajduje oparcia w przepisach

art. 144 pzp, w szczególności nie spełnia wymogu, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 tego art., aby zmiana została przewidziana w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Jest to raczej pozostałość z nieobowiązującego stanu prawnego. Skoro Zamawiający z góry wiedział, na czym dokładanie miałyby polegać zmiana umowy w związku z art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, jego obowiązkiem było dokładanie ją opisać w ramach postanowień dotyczących dopuszczalnych zmian umowy, czego zaniechał.

W tych okolicznościach drugie zdanie 3-krotnie powtózonego w s.i.w.z. postanowienia trudno było odczytać inaczej niż to wynika z jego treści {oczywiście po uwzględnieniu niefortunnego użycia sformułowania „zgoda na zastosowanie stawki 0% VAT”}: jako zobowiązanie wykonawcy, że po uzyskaniu przez Zamawiającego po podpisaniu umowy ze strony Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego potwierdzenia dla tego zamówienia, zobowiązuje się do wystawienia faktury z stawką 0% VAT.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6).

Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Cezara z powołaniem się na powyżej przywołane przepisy, gdyż w ustalonych powyżej okolicznościach nie zaszła hipoteza żadnej z tych norm prawnych.

Stanowisko takie znajduje oparcie w następujących orzeczeniach, które zapadły zbliżonych okolicznościach faktycznych i trafnie zostały przywołane w odwołaniu.

Wyrok Izby Odwoławczej z 2 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2257/10:

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę na treść art. 19 ustawy o VAT, zgodnie z którym momentem powstania obowiązku podatkowego, a więc obliczenia i zapłaty podatku VAT jest data wydania towaru lub wykonania usługi. Zatem nigdy w dacie składania ofert nie następuje powstanie obowiązku podatkowego, a tym samym nie ziszczają się przesłanki do zastosowania konkretnej stawki podatku i obliczenia wartości podatku VAT. Oczywiście ustawa o VAT przewiduje stawkę podstawową podatku w wysokości 22% oraz stawki preferencyjne, w tym stawkę 0%. (...) Natomiast stawki preferencyjne można stosować tylko, gdy odpowiedni przepis ustawy VAT tak stanowi. Należy zatem stwierdzić, że

na etapie składania ofert żadna ze stawek zastosowana przez odwołującego nie była stawką podatku jaką będzie należało obliczyć i odprowadzić do urzędu skarbowego z tytułu wykonania dostawy, będącej przedmiotem zamówienia. Obie stawki zarówno stawka 22% – jako stawka podstawowa zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, oraz stawka preferencyjna 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 26a ustawy o VAT były stawkami obowiązującymi w dacie składania ofert. Zastosowanie każdej ze stawek w przypadku realizacji przedmiotowego zamówienia na etapie wykonania dostawy jest możliwe. Dla stawki 22% wystarczy wykonanie zamówienia, zaś dla stawki 0% spełnienie poza wykonaniem zamówienia także dodatkowych czynności jak uzyskanie potwierdzenia zamówienia przez jednostkę nadzorującą placówkę oświatowa i przedstawienie dokumentów dostawy urzędowi skarbowemu. W obu przypadkach zatem określenie stawki jest uzależnione od tego samego zdarzenia przyszłego i potencjalnie niepewnego, jakim jest dostawa urządzeń komputerowych. Tym samym argumentacja zamawiającego i odwołującego II, że odwołujący I nie miał prawa zastosować stawki 0%, gdyż zastosowanie tej stawki jest uzależnione od zdarzenia przyszłego i niepewnego, jest nietrafna, bo także zastosowanie stawki 22% wymaga wykonania dostawy w przyszłości. Izba zatem nie podziela podanej przez zamawiającego i odwołującego II argumentacji i uznaje, że w przedmiotowej sprawie zamawiający wprowadził w błąd odwołującego I sugerując zastosowanie stawki preferencyjnej w wysokości 0%. Wprawdzie zamawiający w rozdziale XIII dotyczącym sposobu obliczenia ceny nie nakazał obliczenia ceny z uwzględnieniem stawki 0%, ale zgodnie z pkt XVI.9 i 1 ust. 2 projektu umowy poczynił zobowiązanie, że wystąpi o potwierdzenie zastosowania stawki 0% do Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego. Takie zobowiązanie odwołujący I miał prawo zrozumieć, jako zobowiązanie zamawiającego do dokonania wszelkich czynności umożliwiających odwołującemu wystawienie faktury VAT po wykonaniu zamówienia z zastosowaniem 0% stawki podatku VAT. Izba uważa, że jeśli zamawiający miał inną intencję, niż wskazanie w pkt XVI.9 siwz i 1 ust 2 wzoru umowy wysokości stawki podatku, to powinien był poczynić w tym zakresie wyraźne zastrzeżenie w rozdziale XIII siwz. wskazując, że zobowiązanie to nie może być brane pod uwagę przy obliczaniu ceny oferty, albo w ogóle nie poczynić takich zobowiązań w treści siwz, pozostawiając wykonawcom pełną samodzielność w określeniu stawki. Natomiast rozwiązanie przyjęte przez zamawiającego dawało odwołującemu I prawo do uznania, że skoro oferuje on sprzęt komputerowy wymieniony w załączniku nr 8 dla zamawiającego będącego bezspornie placówką oświatowa i posiada zapewnienie tegoż zamawiającego, że wystąpi on o potwierdzenie zamówienia, to obliczenie stawki podatku na dzień składania ofert, oparte jest wprawdzie o zdarzenie przyszłe, jakim jest realizacja umowy, ale pewne, co do ziszczenia się pozostałych przesłanek pozwalających na zastosowanie preferencyjnej

stawki. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający swoje rzeczywiste intencje, co do tego, że jego zobowiązanie z pkt XVI. 9 nie powinno być brane pod uwagę przy obliczaniu ceny, ujawnił dopiero po upływie terminu do składania ofert, to nie może negatywnych konsekwencji niejasności treści siwz przenosić na wykonawcę. Mając to na uwadze Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny.

Wyrok j Izby z 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1035/18:

Zamawiając wskazał wykonawcom, że dostawa sprzętu komputerowego będzie dokonywana na rzecz placówki oświatowej w rozumieniu art. 83 ust 1 pkt 26 lit. a ustawy o VAT. Wskazał także, że spełnione będą wymogi z art. 83 ust 14 pkt 1 ustawy o VAT. W tej sytuacji można powiedzieć, że zamawiający dostatecznie wyraźnie wskazał wykonawcom w SIWZ, iż mają obowiązek zastosować stawką VAT 0%, jeżeli oczywiście dostawa będzie dotyczyła towarów wymienionych w załączniku nr 8 do ustawy o VAT.

Wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z 20 grudnia 2013 r. sygn. akt VII Ga 143/13

Zdaniem Sądu Okręgowego, jakkolwiek niewątpliwie mogła budzić wątpliwości treść pkt XIV 6 SIWZ, w którym zamieszczono zapis, że cena powinna być wyliczona przy zastosowaniu podatku VAT w wysokości 23 % z jednoczesnym przywołaniem art. 83 ust 1 pkt 26 ustawy z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, to w świetle udzielonej wykonawcom na ich pytania odpowiedzi w piśmie z 14.04.2013 r. treść SIWZ stała się jasna – możliwe jest zastosowanie 0 % stawki podatku VAT do pozycji, który podlegać może takiej stawce.

Wyrok Izby z 31 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1746/11:

W ocenie Izby, interpretacja postanowień siwz prezentowana przez odwołującego dla wykazania prawidłowości obliczenia ceny brutto oferty była nieprawidłowa. Izba uznała, iż z treści siwz, jak również z odpowiedzi zamawiającego na pytanie odwołującego dotyczące treści siwz, nie sposób wywieść, iż wykonawca był zwolniony z obowiązku obliczenia ceny brutto oferty z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Zamawiający w punkcie XII siwz wyraźnie podkreślił, iż cena oferty powinna uwzględniać podatek VAT we właściwej wysokości. Zamieścił także zapisy dotyczące naliczenia podatku VAT przez wymienienie towarów, których dostawa opodatkowana jest stawką VAT 0% z przywołaniem podstawy prawnej. W dalszej części tego punktu, zamawiający zastrzegł, iż ceny jednostkowe nie będą podlegały zmianom z wyjątkiem odpowiednich zapisów umowy. Okoliczności, których wystąpienie mogło stanowić podstawę do zmiany postanowień umowy zostały wprost wskazane w projekcie umowy w § 10 i dotyczyły dwóch przypadków. Pierwszy związany był z możliwością zastąpienia przedmiotu umowy nowym modelem o nie gorszych parametrach w przypadku zaprzestania obecnie produkowanego modelu. Drugi związany był z wystąpieniem po zawarciu umowy innych okoliczności, które mogą przeszkodzić

prawidłowemu wykonaniu przedmiotu umowy. W ocenie Izby, żaden z tych przypadków nie uprawniał do przyjęcia już na etapie przygotowywania oferty możliwości wprowadzania zmiany stawki podatku VAT z 23% na 0% każdorazowo po uzyskaniu przez zamawiającego potwierdzenia zamówienia przez organ nadzorujący.

Wobec potwierdzenia się zasadności powyższych zarzutów zbędne stało się rozstrzygnięcie o zarzucie ewentualnym naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 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 pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis oraz potwierdzone złożonym rachunkiem koszty wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.