

WYROK

z dnia 26 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Stanisław Sadowy
	Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant:	Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Telekomunikację Polską S. A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Politechnikę Rzeszowską ul. Wincentego Pola 2, 35-959 Rzeszów** protestu z dnia 15 grudnia 2008 r.

przy udziale **Multimedia Polska – Południe S.A., ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81-349 Gdynia** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie ,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Telekomunikację Polską S. A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Telekomunikację Polską S. A. ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Telekomunikacji Polską S. A. ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej na rzecz Politechniki Rzeszowskiej wraz z aktualizacją centrali (znak sprawy: ZA/P/117/2008)”, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 września 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 179 – 239087.

9 grudnia 2008 r. Odwołujący został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Multimedia Polska – Południe S.A.

15 grudnia 2008 r. Odwołujący złożył protest na niezgodne z prawem postępowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty i bezprawnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Multimedia Polska – Południe S.A., co powoduje naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Multimedia Polska – Południe S.A. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisu art. 91 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o: ponowne dokonanie czynności oceny złożonych ofert oraz w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Multimedia Polska – Południe S.A. oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Multimedia Polska – Południe S.A. jest niezgodna z ustawą ze względu na to, że w ofercie w formularzu cenowym w części P –

Koszty połączeń podano ceny jednostkowe z dokładnością do trzech i czterech miejsc po przecinku. Narusza to art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odsyła do ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Analogicznie kwestia ta jest regulowana w odniesieniu do cen jednostkowych. Zgodnie z art. 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego od 1 stycznia 1995 r. polską jednostką pieniężną jest złoty, który dzieli się na 100 groszy. Analogiczna regulacja wynika z art. 31 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, w myśl którego znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Oznacza to, iż rozliczanie wykonanych usług może nastąpić wyłącznie z uwzględnieniem wymienionych regulacji, a to powoduje, że ceny za usługi muszą być wyrażone wyłącznie w obowiązującej w Polsce jednostce pieniężnej. Zgodnie z treścią § 5 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „koszty połączeń będą świadczone na warunkach i według cen określonych w ofercie złożonej przez Wykonawcę”. Zatem ceny jednostkowe mają stanowić podstawę do rozliczania usług objętych przedmiotem zamówienia, a niedopuszczalne jest, aby rozliczenia pomiędzy stronami umowy dokonywane były w jednostkach pieniężnych niemożliwych do wyegzekwowania z powodu braku w polskim systemie monetarnym odpowiednich nominałów. Zatem oznaczenie ceny w tysięcznych i dziesięciotysięcznych częściach złotego (do trzech i czterech miejsc po przecinku) spowoduje, iż w tej części oferta będzie niezgodna z polskim systemem płatniczym wskazanym w przywołanych ustawach i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega odrzuceniu. Co do zasady więc cena przedstawiona przez wykonawcę w ofercie, w tym wszystkie pozycje zamieszczone w formularzu cenowym, powinny zostać określone z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku.

Brak odrzucenia oferty, która bezwzględnie podlega odrzuceniu z mocy prawa powodować będzie, że postępowanie będzie obciążone wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy (art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych). Ponadto zgodnie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

24 grudnia 2008 r. Zamawiający oddalił protest jako niezasadny. Zamawiający w punktach 13.1. – 13.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż cenę oferty stanowić będzie wartość brutto wpisana na formularzu za całość przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem składającego ofertę było zatem skalkulowanie ceny tak, aby była ona zgodna z

wymogami Zamawiającego, obejmowała również wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca, w tym także VAT, z tytułu należytej oraz zgodnej z przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto cena oferty winna być wskazana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom... Powyższe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznaczają, iż Zamawiający określił, iż cena za całość przedmiotu zamówienia winna być wskazana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Okolicznością bezsporną jest fakt, iż cena, jaka winna być wskazana przez wykonawcę, ma obejmować podatek od towarów i usług, co wynika z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach. Multimedia Polska – Południe S.A. w złożonej ofercie każdorazowo wskazała za dany rodzaj połączeń, wartość brutto z uwzględnieniem zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ww. przepisów tj. z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Należy jednoznacznie przyjąć, iż wskazana w formularzu cenowym – P, rubryka „ceny jednostkowe brutto za 1 minutę połączenia” miała jedynie charakter kalkulacyjny i służyła do wyliczenia całościowej ceny oferty. Z uwagi na niską cenę przewidzianą przez Multimedia Polska – Południe S.A. z tytułu wskazanych połączeń podanie kwoty brutto z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku skutkowałoby tym, iż kwota netto równałaby się kwocie brutto, co stoi w oczywistej sprzeczności z obowiązującymi przepisami, gdyż cena nie uwzględniałaby podatku od towarów i usług: przy przeliczeniu stawki za minutę połączenia 0,02 zł netto przez liczbę minut wartość pozycji wynosi 16.588,80 zł netto. Przy przyjęciu, że cena jednostkowa brutto za minutę powinna być wyrażona do dwóch miejsc wynosiłaby ona 0,02 zł, co doprowadziłoby do sytuacji, w której wartość netto oferty tj. 16. 588,80 zł jest równa wartości brutto tj. 16588,80 zł, a więc brak VAT. Natomiast po przeliczeniu wartości netto przez obowiązującą stawkę VAT 22% wartość brutto wynosi 20.238,34 zł. Wskazana przez Multimedia Polska – Południe S.A. cena jednostkowa brutto może być wyrażona ze wskazaniem czterech miejsc po przecinku, gdyż pomnożona przez ilość godzin będzie podlegała zaokrągleniu stosownie do brzmienia § 5 pkt 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług. Wobec możliwości zastosowania zaokrągleń przy obliczaniu ceny, nie istnieje podstawa, aby stwierdzić, że wynagrodzenie należne za wykonanie robót będzie wyrażone w tysięcznych częściach złotego i rozliczeń pomiędzy stronami w jednostkach niemożliwych do wyegzekwowania.

2 stycznia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 5 stycznia 2009 r.) zarzucając rozstrzygnięciu protestu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt I ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Multimedia Polska — Południe S.A.,
3. wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, z naruszeniem art. 91 w zw. z art. 89 ust. I pkt I ustawy Prawo zamówień publicznych,

wnosząc o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert oraz, w konsekwencji, nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Multimedia Polska – Południe S.A. Odwołujący podtrzymał zarzuty przedstawione w proteście i odniósł się do argumentów podniesionych w rozstrzygnięciu protestu. Nie zgodził się z Zamawiającym, iż ceny jednostkowe brutto za 1 minutę połączenia miały jedynie charakter kalkulacyjny i służyły tylko do wyliczenia całościowej ceny oferty, z konstrukcji wzoru umowy wynika bowiem, iż ceny jednostkowe brutto mają stanowić również podstawę rozliczeń usług telekomunikacyjnych, które mają być rozliczane kosztorysowo. Wynika to ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1) w § 3 ust. 1 i 2 wzoru umowy Zamawiający określił średniomiesięczne ilości połączeń stwierdzając, iż podany czas trwania połączeń ma charakter szacunkowy, a rzeczywisty czas może być mniejszy, co nie będzie miało to wpływu na koszt połączeń, a Zamawiający zobowiązuje się pokryć wyłącznie koszty faktyczne zrealizowanych połączeń wychodzących. To samo zostało powtórzono w „Szczegółowym opisie tematu zamówienia” stanowiącym załącznik nr 3 do specyfikacji w części dotyczącej świadczenia usług telefonii stacjonarnej,
- 2) w § 5 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający zawarł postanowienie, iż „koszty połączeń będą świadczone na warunkach i według cen określonych w ofercie złożonej przez Wykonawcę”, a w § 6 ust. 1 i 2 napisał, że „Wykonawca, określone w § 5 wynagrodzenie, otrzyma na podstawie wystawianych faktur VAT, dostarczanych Zamawiającemu raz w miesiącu, w okresie trwania umowy. Wykonawca dostarczy do każdej faktury szczegółowy wykaz połączeń wraz z bilingami elektronicznymi za dany okres rozliczeniowy dla każdego z numerów abonamentowych”.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w rozdziale 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” zawarł następujące postanowienia:

„13.1. Cenę oferty stanowić będzie wartość brutto wpisana na formularzu oferty za całość przedmiotu zamówienia.

13.2. Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należnej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia prawa.

13.3. Cenę oferty należy określać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, stosownie do przepisu § 9 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom(...), (Dz. U. Nr 95, poz. 798). Cenę oferty zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 gr pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza.

13.4. Kwotę podatku VAT należy obliczyć zgodnie z zasadami ustawy o podatku od towaru i usług z 11.03.2004 r. (Dz.U.04.54.535 z późniejszymi zmianami).

13.5. Podmioty zagraniczne (...).

13.6. Rozliczenia będą prowadzone w PLN.”

W ofercie Multimedia Polska – Południe S.A. sporządzonej na formularzu „Wzór formularza oferty zał. 2” załączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca wypełnił tabelę „P – Koszty połączeń” w następujący sposób: dla wierszy: „Połączenia lokalne i strefowe”, „Połączenia międzystrefowe”, „Połączenia komórkowe”, „Połączenia międzynarodowe” w kolumnie „Cena jednostkowa brutto za 1 minutę połączenia” wpisał wartości odpowiednio dla wierszy: 0,0244; 0,0366; 0,4636; 0,366. W kolumnie „stawka VAT” podał we wszystkich wierszach 22%, a w kolumnie „Wartość brutto” odpowiednio dla wierszy: 20238,34; 8538,05; 50068,8; 2371,68, co dało „Wartość ogółem brutto” całej tabeli 81216,87.

W tabelach odnoszących się do wartości abonamentu i aktualizacji centrali wykonawca podał wartości zawierające pełne grosze (dwa miejsca po przecinku), a w tabeli „Koszt przeniesienia numerów” 0,00 zł.

W ofercie znajduje się również podsumowanie wartości w poszczególnych tabelach „cena (C) za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, które wynosi kwotę netto 717 379,2 zł (słownie: siedemset siedemnaście tysięcy trzysta siedemdziesiąt dziewięć złotych i dwadzieścia groszy), natomiast wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości 22%, wynosi kwotę brutto 875 202,63 zł (słownie: osiemset siedemdziesiąt pięć tysięcy dwieście dwa złote i sześćdziesiąt trzy grosze).”

Izba uznała, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach z dnia 5 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić za towar lub usługę. Znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze, co wynika z ustawy o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 1997, Nr 140, poz. 938 ze zm.). Natomiast złoty dzieli się na 100 groszy (ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994, Nr 84, poz. 386 ze zm.)). Z powyższego zatem wynika, iż w polskim systemie płatniczym nie stosuje się tysięcznych i dziesięciotysięcznych (do trzeciego i czwartego miejsca po przecinku) części złotego, a co oznacza, iż cena zaoferowana w ofercie za wykonanie, w tym przypadku określonej usługi, powinna być wyrażona w setnych częściach złotego, tj. do drugiego miejsca po przecinku. Tym samym niedopuszczalne jest, aby rozliczenia między stronami były dokonywane w jednostkach niemożliwych do wyegzekwowania, tj. częściach złotego do trzeciego i czwartego miejsca po przecinku. Oznacza to, że co do zasady więc cena przedstawiona przez wykonawcę w ofercie, w tym wszystkie pozycje zamieszczone w „Formularzu cenowym zał. 2”, powinny zostać określone z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku.

Niemniej jednak w cenie, zarówno cenie oferty, jak i cenie jednostkowej, wykonawca zobowiązany jest uwzględnić podatek VAT.

Bezspornym jest, iż w przedmiotowym stanie faktycznym cena oferty podana na stronie 1 „Formularza oferty zał. 2” została określona w sposób prawidłowy, tj. w setnych częściach złotego, a więc zgodny z obowiązującymi przepisami, jak i postanowieniami SIWZ (pkt 13.1), gdyż ceną oferty, w kolumnie „wartość brutto” jest kwota 875.202,63 zł.

Istotą sporu są natomiast zaoferowane w „Formularzu oferty zał. 2”, tabeli „P-koszty połączeń” ceny jednostkowe brutto za 1 minutę połączenia, które podano z dokładnością do czterech i trzech miejsc po przecinku, gdyż – jak oświadczyła Multimedia Polska – Południe S.A. – tylko w ten sposób możliwe było wskazanie w podanej cenie podatku VAT, do którego zapłaty jest zobowiązana.

Istotnie, w przedmiotowym stanie faktycznym, przyjęcie za 1 minutę połączenia ceny netto w kwocie 0,02 zł, a następnie uwzględnienie podatku VAT, powoduje otrzymanie ceny brutto w kwocie 0,0244 zł, która to cena po zaokrągleniu, w sposób zgodny z zasadami obowiązującymi w polskim systemie płatniczym, powoduje, iż cena netto (0,02 zł) rzeczywiście jest równa cenie brutto (0,02 zł).

Skoro więc uwzględnienie podatku VAT, zgodnie z ustawą o cenach, jest obowiązkiem wykonawcy, nie ma żadnych podstaw prawnych, aby wykonawca, w tym stanie faktycznym go nie uwzględnił, a wręcz doprowadził do sytuacji, że cena netto jest równa cenie brutto.

Zdaniem Izby, ale tylko w takim stanie faktycznym (zrównania ceny netto i brutto) możliwym jest wyrażenie ceny za 1 minutę połączenia w tysięcznych i dziesięciotysięcznych częściach złotego, zwłaszcza, że wynagrodzenie wykonawcy, zgodnie z § 6 projektu umowy płatne będzie na podstawie wstawionych faktur VAT, dostarczanych Zamawiającemu raz w miesiącu i niewątpliwie, zgodzić się należy z Zamawiającym, nie będzie obejmować wyłącznie 1 minuty połączenia.

Cena wskazana na fakturze będzie bowiem stanowić iloczyn ilości godzin połączeń i ceny jednostkowej i zostanie zaokrąglona - zgodnie z § 9 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 roku w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, zaliczkowego zwrotu podatku, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U., Nr 95, poz. 798) – do pełnych groszy, a więc z pominięciem końcówek poniżej 0,5 grosza i zaokrągleniem końcówki 0,5 grosza i wyższej do 1 grosza. Tym samym wynagrodzenie należne wykonawcy, wynikające z wystawionej faktury VAT, nie będzie wyrażone w tysięcznych i dziesięciotysięcznych częściach złotego, ale będzie określone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z polskim systemem płatniczym.

Niemniej jednak, mimo obowiązku zaokrąglania cen wyłącznie do dwóch miejsc po przecinku, skład orzekający Izby nie uwzględnił jednak na tej podstawie odwołania, uznając, iż w sprawie znajdzie zastosowanie art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, z którego wynika, że Izba uwzględni odwołanie, jedynie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec ustalenia przez Izbę, że w niniejszym stanie faktycznym nie było by możliwym, z jednej strony zastosowanie reguły, iż cena zaoferowana w ofercie za wykonanie usługi powinna być wyrażona w setnych częściach złotego, z drugiej zaś obowiązku uwzględnienia w cenie podatku VAT, jak również i tego, że mimo ewentualnego zaokrąglenia cen jednostkowych za 1 minutę połączenia do dwóch miejsc po przecinku, wskazanie ceny w tysięcznych i dziesięciotysięcznych częściach złotego nie miało wpływu na wynik postępowania. Jak bowiem wynika z wyliczeń matematycznych dokonanych przez Izbę i Zamawiającego (oświadczył to bowiem na rozprawie), a czego nie uczynił Odwołujący, oferta Multimedia Polska – Południe S.A, mimo ewentualnego zaokrąglenia cen jednostkowych, a więc podania ich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, byłaby także ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....