

WYROK
z dnia 5 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2016 r. przez wykonawcę: **Comarch Polska S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia, Pl. Nowy Targ 1- 8, 50-141 Wrocław**

przy udziale wykonawcy: **NEWIND sp. z o.o., ul. Duńska 11, 54-427 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny tej oferty wraz z oceną pozostałych ofert nie podlegających odrzuceniu;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia, Pl. Nowy Targ 1- 8, 50-141 Wrocław, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Comarch Polska S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków – tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Gmina Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia, Pl. Nowy Targ 1- 8, 50-141 Wrocław na rzecz wykonawcy: Comarch Polska S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia z siedzibą we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wdrożenie i utrzymywanie dedykowanego Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz z dostawą niezbędnej Infrastruktury (System karty Turystycznej), obsługujących Projekt Karty Turystycznej” (znak postępowania ZP/PN/25/2016/WZN), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 26.03.2016 r. pod numerem 2016/S 061-104781, zmieniane w toku postępowania.

Wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, odwołujący w postępowaniu odwoławczym, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na:

1. wyborze oferty Newind Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Newind”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, z uwagi na to, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
2. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, pomimo że treść oferty jest zgodna z ustawą;
3. odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pomimo że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
4. uznaniu, że „obowiązkiem Wykonawcy było poinformowanie Zamawiającego, na etapie składania oferty, o obowiązku doliczenia do ceny podatku VAT wynikającego z mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT”, jak i uznaniu, że „mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT” dotyczy oferty Odwołującego, pomimo że wybór oferty Odwołującego nie prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT po stronie Zamawiającego;
5. zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu,

a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty jest zgodna z ustawą;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty odpowiada treści SIWZ;
4. art. 91 ust. 3a przez uznanie, że „obowiązkiem Wykonawcy było poinformowanie Zamawiającego, na etapie składania oferty, o obowiązku doliczenia do ceny podatku VAT wynikającego z mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT” jak i uznanie, że „mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT” dotyczy oferty Odwołującego;
5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Newind jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, z uwagi na to, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności oceny ofert;
2. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Newind jako oferty najkorzystniejszej;
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy;
4. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
5. unieważnienia czynności uznania, że „obowiązkiem Wykonawcy było poinformowanie Zamawiającego, na etapie składania oferty, o obowiązku doliczenia do ceny podatku VAT wynikającego z mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT”;
6. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu art. 186 ust. 2 ustawy, Odwołujący żądał od Zamawiającego: jak wyżej tego, o co Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu.

Uzasadnienie odwołania. Odwołujący podniósł: Nie ma żadnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a nie oferta Newind z ceną niemal dwukrotnie wyższą od ceny oferty Odwołującego. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego tym, że – *„jest niezgodna z ustawą Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”* (...) *„Oferta jest niezgodna z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, w związku z którym, obowiązkiem Wykonawcy było poinformowanie Zamawiającego, na etapie składania oferty, o obowiązku doliczenia do ceny podatku VAT wynikającego z mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT, co w niniejszym postępowaniu ma miejsce. Zgodnie z obowiązującym przepisem art. 91 ust. 3a ustawy Pzp „Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku”. W niniejszym postępowaniu mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT dotyczy dostawy Infrastruktury do Punktu Partnerskiego (smartfony) oraz dostawy Infrastruktury do Punktu Dystrybucji (komputery przenośne). Obowiązek doliczania podatku VAT przez Zamawiającego do przedstawionej w ofercie ceny znajdzie zastosowanie w przypadkach przewidzianych w art. 17 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 177 poz. 1054 ze zm., dalej „u.p.t.u”), w tym m.in. do dostaw towarów wymienionych w załączniku nr 11 do u.p.t.u., jeżeli zarówno dokonujący dostawy, jak i nabywca są polskimi podatnikami. Z dniem 1 lipca 2015 r. w ramach nowelizacji załącznika nr 11 odwróconym obciążeniem zostały objęte m.in. telefony komórkowe, w tym smartfony oraz komputery przenośne, po przekroczeniu progu kwotowego w wysokości 20.000 zł (bez kwoty podatku). W związku z tym, że z podanych przez Państwa cen jednostkowych dostawy Infrastruktury do Punktów Partnerskich oraz do Punktów Dystrybucji wynika, iż próg ten został przekroczony, zgodnie z wymogiem ustawy Pzp zobowiązani byliście Państwo [Comarch Polska S.A.] do złożenia wraz z ofertą informacji czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, czego nie uczyniliście. Podkreślić jednocześnie należy, iż pomimo obowiązku ciążącego na Wykonawcy, wynikającego bezpośrednio z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, Zamawiający dodatkowo (pomimo braku takiego obowiązku) zawarł stosowne postanowienie w dziale XIII pkt 4 SIWZ.”*

Odwołujący nie zgadzając się z twierdzeniami Zamawiającego wskazał, że wbrew temu co twierdzi Zamawiający, wybór oferty Odwołującego nie prowadziłby do powstania

obowiązku podatkowego w zakresie VAT po stronie Zamawiającego. Z niezrozumiałych dla Odwołującego powodów, nie zwracając się do Odwołującego o jakiegokolwiek wyjaśnienia, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że „mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT” miałby dotyczyć oferty Odwołującego.

Zamawiający bezpodstawnie uznał, że „obowiązkiem Wykonawcy było poinformowanie Zamawiającego, na etapie składania oferty, o obowiązku doliczenia do ceny podatku VAT wynikającego z mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT”. Obowiązku takiego Odwołujący nie miał i nadał nie ma. Jak wynika z orzecznictwa KIO „Wykładnia art. 91 ust. 3a Pzp prowadzi do wniosku, iż wymóg złożenia informacji odnośnie tego, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca składa ofertę prowadzącą do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Z treści powołanego wyżej przepisu wynika ponadto, że takiemu obowiązkowi informacyjnemu zawsze ma towarzyszyć obowiązek wskazania nazwy, rodzaju towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego. Wobec powyższego Izba przyjęła, że obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, konkretyzuje się jedynie w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku wykonawcy nie są zobowiązani do złożenia takiej informacji. Pogląd taki został wyrażony w wyrokach wydanych: 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1966/15, 13 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2362/15, 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2432/15. Przepis art. art. 91 ust. 3a Pzp należy bowiem czytać całościowo i tak też wywodzić stosowne wnioski (wyrok z 28 października 2015 r. sygn. akt KIO 2263/15).” Cytat za „Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 roku”, publikacja dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

Odnośnie obowiązku informacyjnego, również w kontekście zarzucanej przez Zamawiającego rzekomej niezgodności z SIWZ, Odwołujący zwrócił uwagę na całokształt oświadczeń wykonawcy (Odwołującego), w tym sama treść oferty i wliczony w cenę/ceny jednostkowe podatek VAT. Zamawiający ma pełną świadomość tego, że wybór oferty Odwołującego nie prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT po stronie Zamawiającego, a „mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT” nie dotyczy oferty Odwołującego.

Odwołujący w formularzu cenowym wyraźnie doliczył do skalkulowanej przez siebie ceny netto/jednostkowych cen netto podatek VAT i obliczył cenę brutto/ceny jednostkowe brutto. Odwołujący składając ofertę uważał (i nadal uważa), że obowiązek podatkowy w zakresie VAT spoczywa na nim, jako na sprzedającym, a nie na zamawiającym, jako nabywcy towaru. Pomimo że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi elementy

wymienione w załączniku nr 11 do ustawy o VAT, to jednak ich wartość w ofercie Odwołującego nie przewyższa progu ustawowego. Odwołujący przytoczył fragmenty uzasadnienia wyroku KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 516/16: *„Z treści przepisu art. 91 ust. 3a Pzp, w tym z celów wprowadzenia przedmiotowej regulacji, należy wywodzić, że o istnieniu obowiązku informacyjnego, którego niespełnienie można by oceniać, jako uchybienie po stronie wykonawcy (nie skutkujące jednak automatycznym odrzuceniem oferty), można mówić dopiero wtedy, gdy rzeczywiście złożona oferta wywołuje po stronie zamawiającego skutki podatkowe (a wykonawca o tym nie informuje, choć powinien). Z treści przepisu wynika ponadto, że takiemu obowiązkowi informacyjnemu zawsze ma wówczas towarzyszyć obowiązek wskazania nazwy, rodzaju towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego. W niniejszej sprawie oferty takich skutków podatkowych nie wywoływały. Obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, konkretyzuje się więc w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku wykonawcy nie mają podstaw do składania informacji „pozytywnej” – zawierającej wszystkie wymagane elementy, a więc nie tylko samo oświadczenie, że taki obowiązek powstaje, ale także nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania. Informacja „negatywna”, nie musi być natomiast, w ocenie składu orzekającego Izby, składana w sposób odrębny i wyraźny, a brak takiego wyraźnego i odrębnego poinformowania, że u zamawiającego nie powstanie obowiązek podatkowy, nie powinien skutkować odrzuceniem oferty. Nawet jeżeli zawęzić by ocenę tylko do zdania drugiego przepisu art. 91 ust. 3a Pzp (...), to można wskazać, że zdanie to nie określa, w jakiej formie ma zostać dokonane owe „poinformowanie”. Nie można a limine wykluczyć więc możliwości wypełnienia obowiązku „informacyjnego” nie tylko poprzez składanie odrębnych oświadczeń (...), ale także za dopuszczalną należałoby uznać możliwość wypełnienia tego obowiązku poprzez całokształt oświadczeń wykonawcy, w tym sama treść oferty i wliczony w cenę podatek VAT – zwłaszcza, gdy informacja ta może być samodzielnie wyczytana przez zamawiającego. Izba uznała trafność argumentów Zamawiającego, że poprzez samą konstrukcję formularza ofertowego dał wykonawcom możliwość wywiązania się z tego obowiązku „ informacyjnego” w ujęciu „negatywny” (...). Zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty. Upatrywanie się w tym zakresie podstaw do niezgodności oferty z ustawą czy niezgodności ze specyfikacją, tym bardziej, gdy w tej sprawie takiej niezgodności w ogóle nie ma, jest chybione, cechuje się przy tym nieuzasadnionym formalizmem. Dodatkowo, nawet gdyby specyfikacja wymagała złożenia*

oświadczenia w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący, to brak takiego oświadczenia – skoro oferty nie wywoływały skutków, o których mowa w art. 91 ust. 3a Pzp zdanie pierwsze – mógłby zostać uznawany jedynie za niezgodność o charakterze czysto formalnym, co także nie uzasadniałoby odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.”

Odnośnie oferty Odwołującego w żaden sposób nie zostało wykazane przez Zamawiającego, aby wybór oferty Odwołującego prowadziłby do powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego w podatku VAT. Zamawiający twierdzi tak wskazując na to, że: - *„W niniejszym postępowaniu mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT dotyczy dostawy Infrastruktury do Punktu Partnerskiego (smartfony) oraz dostawy Infrastruktury do Punktu Dystrybucji (komputery przenośne).”*; - z podanych przez Odwołującego cen jednostkowych dostawy Infrastruktury do Punktów Partnerskich oraz do Punktów Dystrybucji wynika, zdaniem Zamawiającego, że odnośnie elementów wymienionych w załączniku m 11 do ustawy o VAT miały zostać przekroczony próg kwotowy w wysokości 20.000 zł (bez kwoty podatku).

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 7 ustawy o podatku od towarów i usług *„podatnikami są również osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne nabywające towary wymienione w załączniku nr 11 do ustawy, z zastrzeżeniem ust. 1c, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: a) dokonującym ich dostawy jest podatnik, o którym mowa w art. 15, u którego sprzedaż nie jest zwolniona od podatku na podstawie art. 113 ust. 1 i 9; b) nabywcą jest podatnik, o którym mowa w art. 15, zarejestrowany jako podatnik VAT czynny, c) dostawa nie jest objęta zwolnieniem, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 2 lub art. 122”*.

Mechanizm tzw. „odwróconego VAT” mógłby znaleźć zastosowanie tylko w przypadku towarów, wymienionych w załączniku nr 11 do ustawy o VAT, o ile ich wartość przewyższa kwotę 20.000 zł. Stosownie do art. 17 ust. 1c ustawy o podatku od towarów i usług, w przypadku dostaw towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy, przepis ust. 1 pkt 7 stosuje się, jeżeli łączna wartość tych towarów w ramach jednolitej gospodarczo transakcji obejmującej te towary, bez kwoty podatku, przekracza kwotę 20.000 zł. Przerzucenie obowiązku podatkowego w zakresie tego podatku na nabywcę następuje dopiero w sytuacji, gdy wartość zamawianych towarów przewyższa próg 20.000 zł.

W cyt. już *„Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 roku”* wskazano, że *„W kilku postępowaniach odwoławczych Izba rozpatrywała możliwość zaliczania do jednolitej gospodarczo transakcji, warunkującej zastosowanie odwróconego VAT, wartości przedmiotów czy też komponentów nabywanych w tym postępowaniu wraz z towarami wskazanymi w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy o VAT. Izba uznała, że brak jest podstaw do zaliczania do takiej transakcji przedmiotów, które mogą mieć*

zastosowanie także do innych urządzeń, czy to nabywanych w tym zamówieniu, czy też już posiadanych przez zamawiającego, a nie wykazanych wprost w ww. załączniku do ustawy o VAT. Pogląd ten został wyrażony w wyrokach wydanych: 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1966/15, 13 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2362/15 i 28 października 2015 r. sygn. akt KIO 2263/15.”

Zamawiający twierdzi, że w ofercie Odwołującego wartość towarów podlegających mechanizmowi odwróconego VAT przewyższa ustawową kwotę, ale twierdzenie to nie jest poparte żadnym dowodem. Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego o jakiegokolwiek wyjaśnienia, natomiast zupełnie zignorował to, że Odwołujący w formularzu cenowym wyraźnie doliczył do skalkulowanej przez siebie ceny netto/jednostkowych cen netto podatek VAT i obliczył cenę brutto/ceny jednostkowe brutto co jednoznacznie wskazuje, że „mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT” nie dotyczy oferty Odwołującego. Zamawiający zupełnie zignorował również to, że w cenach jednostkowych dostawy Infrastruktury do Punktów Partnerskich oraz do Punktów Dystrybucji mogły znajdować się (i w cenach oferowanych przez Odwołującego znajdują się) usługi i towary inne aniżeli wymienione w załączniku nr 11 do ustawy o VAT takie jak w szczególności klawiatury i czytniki oraz usługi szkoleniowe spełniające wymagania Zamawiającego. Odnośnie elementów wymienionych w załączniku nr 11 do ustawy o VAT nie został przekroczony próg kwotowy w wysokości 20.000 zł (bez kwoty podatku).

W wyroku z dnia 13.11.2015 r. sygn. akt 2362/15 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nawet w przypadku, gdyby wykonawca nie zastosował w ofercie mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT, natomiast wyodrębnił cenę netto i cenę brutto, to gdyby przyjęć pogląd Zamawiającego, to zaistniałby wówczas obowiązek poprawienia elementów kalkulacyjnych ceny, w części dotyczącej podatku VAT w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. *„Okoliczność, kto ma być płatnikiem VAT (wykonawca czy zamawiający) pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia prawidłowości obliczenia ceny oferty, gdyż określenie, czy po stronie zamawiającego powstaje obowiązek podatkowy nie ma znaczenia dla ogólnego finansowego kosztu ponoszonego przez zamawiającego w związku z zamówieniem.”* (Cytat za „Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 roku”, publikacja dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl)

Odwołujący stwierdził naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z ustawą. Zamawiający naruszył również przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ. Ponadto stwierdził naruszenie przepisu art. 91 ust. 3a ustawy przez uznanie, że *„obowiązkiem Wykonawcy było poinformowanie Zamawiającego, na etapie składania oferty, o obowiązku doliczenia do ceny podatku VAT wynikającego z mechanizmu odwróconego*

obciążenia podatkiem VAT” jak i uznanie, że „mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT” dotyczy oferty Odwołującego. Zamawiający naruszył również przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Newind jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, z uwagi na to, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał: ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – ma interes w uzyskaniu zamówienia, złożył ofertę i ubiega się o zamówienie. Wskazane w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił następujące stanowisko.

Odnosząc się do stawianych zarzutów Zamawiający uznaje je za bezzasadne i podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Newind Sp. z o.o.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, polegającej na wyborze oferty Newind Sp. z o.o., którego cena jest niemal dwukrotnie wyższa od ceny oferty Odwołującego – mimo faktu, że to oferta Odwołującego, w jego ocenie, jest ofertą najkorzystniejszą. W tym miejscu należy zaznaczyć, że Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdzie jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu była oferta złożona przez Wykonawcę Newind Sp. z o.o., spośród dziewiętnastu złożonych ofert. Bez znaczenia jest również fakt, że oferta Wykonawcy Newind Sp. z o.o. jest ofertą niemal dwukrotnie droższą od oferty Odwołującego, gdyż oferta ta jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu a zaoferowana cena mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z powodu niezgodności z ustawą Pzp, tj. przepisem art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, w związku z którym obowiązkiem Wykonawcy było poinformowanie Zamawiającego, na

etapie składania oferty, czy wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (dalej: mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT albo odwrócony podatek VAT), czego Odwołujący nie uczynił, mimo, że w ocenie Zamawiającego, ciążył na nim taki obowiązek.

Zamawiający przygotowując postępowanie, a tym samym przygotowując wzór Formularza ofertowego, wymagał oprócz ceny globalnej i cen za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, podania również jednostkowego kosztu dostawy Infrastruktury do Punktu Partnerskiego oraz jednostkowego kosztu dostawy Infrastruktury do Punktu Dystrybucji. Tym samym oczekiwał, aby Wykonawcy w tym miejscu podali właśnie cenę jednostkową Infrastruktury (sprzętu), jaka zostanie dostarczona do tych Punktów. Jednocześnie w Załączniku nr 7 do SIWZ – Projekt umowy podał, co rozumie pod pojęciem Infrastruktury, tj. cyt. „Ilekcioć w niniejszej Umowie jest mowa o: Infrastrukturze – należy przez to rozumieć wyposażenie teleinformatyczne (sprzęt), niezbędne do obsługi Projektu Karty Turystycznej, opisane w Załączniku nr 1 do Umowy, dostarczone i zainstalowane w Punktach Partnerskich lub Punktach Dystrybucji”. Niezrozumiałym jest więc twierdzenie Odwołującego, że w cenie tej są wliczone koszty usług szkoleniowych. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy - Opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) oraz udzielonymi wyjaśnieniami treści SIWZ w toku postępowania, Zamawiający wymagał, aby w Punktach Dystrybucji znajdował się sprzęt w postaci laptopa z dotykowym ekranem lub tablet z dołączaną klawiaturą (6 sztuk) oraz czytnik umożliwiający sczytanie numeru Karty (6 sztuk), natomiast w Punktach Partnerskich winien znajdować się sprzęt w postaci smartfona z modułem NFC, umożliwiający sczytanie kodu 2D (75 sztuk).

W wyniku wstępnego badania złożonych ofert, Zamawiający stwierdził, że pomimo obowiązku bezpośrednio wynikającego z ustawy Pzp, tylko jeden Wykonawca złożył stosowną informację w zakresie odwróconego obciążenia VAT. W wyniku dalszego badania ofert, Zamawiający stwierdził, że wszystkie oferty zawierają cenę za dostawę Infrastruktury dla Punktów Partnerskich (75 szt. smartfonów) przekraczającą wartość 20.000 zł netto. Zaoferowane ceny za dostawę Infrastruktury tylko do samych Punktów Partnerskich kształtują się następująco *(przedstawił ceny 19 ofert)*.

Z powyższego zestawienia wynika, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie odbiega znacząco od cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców, którzy nie składając własnego odwołania, uznali za zasadne postępowanie Zamawiającego.

Trudno zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że przy podanej cenie jednostkowej netto dostawy Infrastruktury do Punktu Partnerskiego w wysokości 700 zł netto (861 zł brutto), nie mamy do czynienia z mechanizmem odwróconego obciążenia podatkiem VAT. Z przedstawionych cen przez Odwołującego, tj. cena jednostkowa za wdrożenie systemu w Punkcie Partnerskim wynosi 199 zł netto, co pomnożone przez liczbę Punktów

Partnerskich (75 szt.) daje kwotę 14.925 zł netto. Dodając do tej kwoty iloczyn ceny jednostkowej za dostawę Infrastruktury do Punktu Partnerskiego w wysokości 700 zł i liczby Punktów Partnerskich (75 szt.) wynoszący 52.500 zł netto otrzymujemy cenę podaną w Formularzu oferty, tj. 67.425 zł netto (pkt 1e) oferty Odwołującego).

Odwołujący nie miał w obowiązku dostarczać jakiegokolwiek innego sprzętu do Punktu Partnerskiego niż smartfony w liczbie 75 szt. W związku z tym, już sama cena sprzętu dla Punktu Partnerskiego przekracza kwotę 20.000 zł netto. Dodając do tego cenę sprzętu (6 tableatów/laptopów) dla Punktu Dystrybucji kwota ta ulega dalszemu zwiększeniu. Przyjmując nawet argumentację Odwołującego, że sprzęt dostarczany do Punktów Dystrybucji obejmuje oprócz laptopa z dotykowym ekranem lub tabletu, również klawiatury dołączane do tableatów oraz czytniki (a także, jak wynika z treści odwołania, usługę szkoleniową) trudno nie oprzeć się wrażeniu, że to jednak wartość laptopa z dotykowym ekranem lub tabletu z dołączaną klawiaturą stanowi zasadniczą część podanej ceny za dostawę Infrastruktury do Punktów Dystrybucji. Tym bardziej, że Odwołujący podał jednostkowy koszt dostawy Infrastruktury do Punktu Dystrybucji w wysokości 2000 zł netto (2460 zł brutto), a zatem kwota ta sugeruje, że koszt całej Infrastruktury do Punktu Partnerskiego i Punktu Dystrybucji przekracza próg 20.000 zł netto. Odwołujący w złożonym odwołaniu nie wykazał również, ani nie udowodnił, że rzeczywiście mógłby pozyskać Infrastrukturę do Punktu Partnerskiego (75 sztuk smartfonów) oraz Infrastrukturę do Punktu Dystrybucji (6 sztuk laptopów/tableatów) w cenie nie przekraczającej 20.000 zł (bez podatku VAT), a Zamawiający mając podane w ofercie jednostkowe koszty sprzętu nie miał i nie ma wątpliwości, że cena tego sprzętu przekracza wskazaną kwotę 20.000 zł (bez podatku VAT). Tym samym Zamawiający stoi na stanowisku, że na Odwołującym ciążył obowiązek informacyjny wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, w związku z powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, czego Odwołujący nie uczynił.

Odwołujący w ofercie oświadczył, jak również swoje stanowisko podtrzymał w odwołaniu, że w przedmiotowej sprawie wybór oferty Odwołującego nie prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT po stronie Zamawiającego, a mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT nie dotyczy oferty Odwołującego, w związku z tym, że w treści oferty Odwołujący wliczył w cenę całkowitą, ceny jednostkowe zawierające 23% podatek VAT. Zamawiający mając jednak tak skalkulowaną cenę oferty nie miał i nie ma wątpliwości, że jednak w ofercie Odwołującego mamy do czynienia z mechanizmem odwróconego obciążenia podatkiem VAT, w związku z tym, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi elementy wymienione w załączniku nr 11 do ustawy o VAT, a ich cena przekracza próg ustawowy (co najmniej 20.000 zł netto). Swoje twierdzenia Zamawiający opiera na dokonanej analizie cen rynkowych smartfonów

i tabletów/laptopów, spełniających wymagania określone w SIWZ. Z przeprowadzonej analizy jednoznacznie wynika, że koszt samych tylko 75 szt. smartfonów będących sprzętem dedykowanym do Punktów Partnerskich waha się w granicach od 48.450 zł do 197.025 zł netto. Analizę taką przeprowadził już Zamawiający na etapie udzielania odpowiedzi (gdzie wskazywał parametry smartfonów, które spełniają wymogi Zamawiającego), a następnie ponowną analizę przeprowadził po złożeniu odwołania. Wartość laptopów z dotykowym ekranem lub tabletów z dołączaną klawiaturą tylko tą wartością powiększają. W załączeniu dowód w postaci zestawienia smartfonów i wydruków ze stron internetowych. Pośrednim potwierdzeniem zasadności podjętej przez Zamawiającego decyzji jest fakt nie wniesienia odwołań, a więc zgoda na odrzucenie złożonych ofert ze strony pozostałych 17 Wykonawców. Odwołanie wniesione przez Odwołującego bez przedstawienia dowodów potwierdzających, że istnieje możliwość nabycia 75 szt. smartfonów po cenie niższej niż 20.000 zł netto, potwierdza jedynie, że wartość ich jest wyższa. Brak przedstawienia np. cenników, ofert cenowych czy zamówień przez Odwołującego oznacza, że Odwołujący w dniu wnoszenia odwołania (a tym samym w dniu składania oferty) nie posiadał takowego sprzętu w cenie niższej niż 20.000 zł netto. Można więc dojść do wniosku i postawić taką tezę, że Odwołujący wnosząc odwołanie i twierdząc, że cena za dostawę Infrastruktury nie przekracza wartości 20.000 zł netto, posuwa się do naruszenia przepisu art. 297 Kodeksu karnego, który stanowi, że „Kto, w celu uzyskania dla siebie [...] od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi [...] zamówienia publicznego, przedkłada [...] poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego [...] zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

Podjmując się dalszej argumentacji czy Zamawiający miał prawo lub obowiązek zwrócenia się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień czy uzupełnień, w ocenie Zamawiającego takiej możliwości nie miał.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Odwołujący w ofercie oświadczył, że stawka podatku za dostarczony sprzęt będzie wynosić 23%, a tym samym złożył oświadczenie, że to on będzie płatnikiem podatku VAT. Ze złożonego przez Odwołującego Formularza ofertowego wynika, że Zamawiający ma do czynienia

z mechanizmem odwróconego obciążenia podatkiem VAT (dostarczany sprzęt do Punktów Partnerskich oraz Punktów Dystrybucji, zdaniem Zamawiającego przekracza ustawowy próg 20.000 zł netto). W związku z powyższym Zamawiający nie mógł i nie miał podstaw, aby zwracać się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień, gdyż nie miał żadnych wątpliwości jeżeli chodzi o zaoferowaną cenę.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający może, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oferty. Jednak należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienie dotyczy tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem ale jest wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to jednak tej części oferty, co do której Wykonawca powinien wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał (zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r., X Ga 7/10). Tym samym Zamawiający, otrzymując ofertę i wyceniony w niej sprzęt nie miał wątpliwości, że próg ustawowy został przekroczony, a zatem uważał i nadal uważa, że obowiązkiem Odwołującego było złożenie wraz z ofertą informacji o tym, że mamy do czynienia z mechanizmem odwróconego obciążenia podatkiem VAT.

Niezależnie od powyżej powołanej argumentacji, nie bez znaczenia jest również, treść uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 605). Mianowicie w druku sejmowym nr 3077 z dnia 14.01.2015 r., w dziale VIII - Zmiany w zakresie prawa zamówień publicznych, str. 48-50 stwierdzono, że „Ponadto dodano do przewidzianej w art. 2 pkt 1 projektu treści art. 91 ust. 3a zdanie drugie, z którego wynika obowiązek informacyjny ciążyący na wykonawcy w stosunku do zamawiającego odnośnie do tego, czy po stronie zamawiającego powstanie obowiązek podatkowy w podatku od towarów i usług w związku z wyborem danej oferty (informację tę wykonawca przekazywałby zamawiającemu wraz z ofertą).”, co jednoznacznie wskazuje, że każdy z Wykonawców zobowiązany jest do poinformowania Zamawiającego czy powstanie, czy nie powstanie obowiązek odprowadzenia podatku VAT przez Zamawiającego. Potwierdzeniem powyższego jest: a) orzeczenie z dnia 20.11.2015 r. o sygn. akt KIO 2422/15 gdzie Izba stwierdza, że „Podkreślić należy, że zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego wywodzenia z treści oferty hipotetycznych informacji, które nie zostały w żaden sposób wyrażone przez wykonawcę w ofercie. Przeciwnie działanie zamawiającego stanowiłoby poważne naruszenie obowiązku zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”; oraz b) wyrok z dnia 23.11.2015 r. o sygn. akt KIO 2400/15, KIO 2411/15 gdzie Izba stwierdza, że „W ocenie Izby celem ustawodawcy było nałożenie na wykonawcę na etapie składania ofert obowiązku jednoznacznego

poinformowania Zamawiającego o ewentualnym obowiązku podatkowym jaki może powstać w związku ze złożeniem oferty, nie zaś przerzucenia takiego obowiązku na Zamawiającego czy też domniemywanie przez Zamawiającego na podstawie okoliczności i faktów pośrednich o zaistnieniu takiego obowiązku.”

Ponadto, w tym miejscu należy jednocześnie zaznaczyć, że z brzmienia art.12 ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 605), wynika, że Zamawiający do postępowań wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r., miał obowiązek wzywać wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, jeżeli ta informacja nie wynikała z treści oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku, a następnie miał obowiązek poprawiać oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u Zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług. A zatem jeżeli do ustawy został wprowadzony dodatkowy artykuł stanowiący o tym, jak powinien zachować się Zamawiający w postępowaniach, które zostały wszczęte przed dniem 1 lipca 2015 r., dodatkowo utwierdza to Zamawiającego w przekonaniu, że w taki sposób powinien postępować tylko w tych postępowaniach, natomiast w postępowaniach ogłoszonych po dniu 1 lipca 2015 r. winien ofertę odrzucić, ponieważ Wykonawca nie spełnił wymogu ustawowego, do którego został zobowiązany na podstawie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Informacja taka jest o tyle istotna dla Zamawiającego, gdyż mogłoby dojść do sytuacji, w której Zamawiający byłby dwukrotnie „obciążony” podatkiem, raz w związku z koniecznością zapłaty Wykonawcy umówionej ceny w kwocie brutto, a drugi raz w związku z koniecznością rozliczenia podatku od tej transakcji (o czym również jest mowa w ww. uzasadnieniu do projektu ustawy - Druk Sejmowy 3077 - str. 50). Z oferty odwołującego, wg opinii Zamawiającego, jednoznacznie wynika, że próg 20.000 zł netto został przekroczony, a zatem Odwołujący był zobowiązany poinformować o występowaniu odwróconego podatku VAT Zamawiającego (art. 91 ust. 3a ustawy Pzp). W związku z tym, że Odwołujący tego nie uczynił Zamawiający nie miał innej możliwości, jak odrzucić ofertę, która jest niezgodna z ustawą Pzp.

Ustawodawca zawarł w art. 89 ustawy Pzp przesłanki odrzucenia ofert. Pierwsza z okoliczności stanowi, że Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, gdy oferta jest niezgodna z ustawą. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie „Przez ofertę niezgodną z ustawą należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień (art. 7-9), jak też z poszczególnymi przepisami ustawy, z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie ustawy, a także z przepisami aktów prawnych, do których ustawa

się odwołuje” (wyrok S.O. w Warszawie z 3.09.2004 r., sygn. V Ca 1738/04), co w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce.

Jednocześnie Zamawiający nie podziela stanowiska, wyrażanego w niektórych wyrokach KIO, że sam fakt nie złożenia informacji o występowaniu mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT przez Wykonawców nie został obwarowany sankcją w postaci odrzucenia oferty, a ma charakter jedynie informacyjno - pomocniczy dla Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, każda niezgodność z przepisami ustawy, w tym niezłożenie oświadczeń w niej wymaganych skutkuje tym, że oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający nie może przecież wybiórczo traktować przepisów odnoszących się do wymogu składania określonych oświadczeń lub dokumentów. Czy inaczej powinien postąpić Zamawiający, gdy Wykonawca nie złoży listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a inaczej gdy Wykonawca nie złoży oświadczenia (nie poinformuje) Zamawiającego na podstawie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp? W jednym i drugim przypadku obowiązek informacji wynika bezpośrednio z Pzp, który w ocenie Zamawiającego, jeżeli nie zostanie dochowany, w konsekwencji doprowadza do odrzucenia oferty. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że różnica polega na tym, że ustawodawca wprowadzając w przepisie art. 26 ust. 2d ustawy Pzp obowiązek składania informacji dot. przynależności do grupy kapitałowej równoległe w art. 24b ust. 3 Pzp wprowadził sankcję wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie złożył listy lub wyjaśnień w tym zakresie, a w przypadku nie złożenia prawidłowej informacji o odwróconym podatku VAT ustawodawca jakiegokolwiek sankcji wobec Wykonawcy nieskładającego oświadczenia lub składającego błędne oświadczenie nie przewidział. Fakt, że dana okoliczność nie została enumeratywnie wskazana w ustawie Pzp, nie może świadczyć o tym, że Zamawiający nie ma obowiązku zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, gdy taka okoliczność zaistnieje. Nie każda okoliczność skutkująca obowiązkiem odrzucenia ofert została enumeratywnie wskazana w ustawie Pzp. Oferta jest niezgodna z ustawą, gdy w jakikolwiek sposób uchybia jej przepisom lub przepisom aktów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów Pzp. Ustawodawca nie wprowadził do ustawy przepisu, że oferta podlega odrzuceniu np. w sytuacji gdy oferta została złożona w innym języku niż polski, czy też złożonej w innej formie niż pisemna bądź złożonej na więcej części zamówienia niż dopuścił Zamawiający, a jednak oferty takie podlegają odrzuceniu z powodu niezgodności z ustawą Pzp właśnie. Tym samym zawsze w sytuacji, gdy oferta uchybia przepisom ustawy Pzp podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z uchybieniem w zakresie przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, gdyż mimo obowiązku informacyjnego ciążącego na Odwołującym, brakuje stosownej informacji w złożonej ofercie. Zamawiający jeszcze raz podkreśla, że

z Formularza ofertowego niezbieżnie wynika, że próg ustawowy (20.000 zł netto) został przekroczony. Zamawiający wskazał co rozumie pod pojęciem Infrastruktury i chciał znać tylko jej wartość (dlatego wyodrębnił ją jako osobną pozycję), gdyż ma ona znaczenie przy realizacji zamówienia (nie każdy Punkt Partnerski bądź Punkt Dystrybucji musi być wyposażony w Infrastrukturę, gdyż niektóre posiadają już stosowną Infrastrukturę) i nie oczekiwał, aby Odwołujący skalkulował w niej np. usługę szkoleniową, jak próbuje to przedstawić w złożonym odwołaniu. Zamawiający swoje stanowisko o odrzuceniu wszystkich ofert niezawierających informacji o powstaniu obowiązku podatkowego, oparł przede wszystkim na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 20.11.2015 r. o sygn. akt KIO 2422/15, który wydaje się najdokładniej rozpatruje kwestię mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT a także na analizie możliwości prawnych jakie daje ustawa Pzp. Zamawiający doszedł do wniosku, że: 1. nie ma możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ brakujący dokument (informacja o odwróconym podatku VAT) nie jest dokumentem, o którym mowa w tym przepisie; 2. nie ma możliwości zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ brakujący dokument (informacja o odwróconym podatku VAT) nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp; 3. nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ z jednej strony informacja o odwróconym podatku VAT nie stanowi treści oferty, a z drugiej strony instytucja wyjaśnienia treści oferty ma zastosowanie w przypadku wątpliwości, które w przedmiotowej sytuacji nie wystąpiły; 4. nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ oczywistym jest, że nie można mówić o oczywistej omyłce pisarskiej; 5. nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w danym stanie faktycznym nie występuje oczywista omyłka rachunkowa (Zamawiający nie posiada wiedzy, ani nie wynika ona z dokumentów składających się na ofertę, jaka część kwoty czy może całość kwoty podanej przez Odwołującego w pkt l.e) i f) oferty - koszt dostawy sprzętu do Punktów Dystrybucji i Partnerskich podlega odwróconemu opodatkowaniu podatkiem VAT. Taka informacja zdaniem Zamawiającego wynikałaby właśnie z informacji do której złożenia zobowiązany był każdy z Wykonawców); 6. nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten mówi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a z jednej strony informacja o odwróconym podatku VAT nie stanowi treści oferty, a z drugiej strony dotyczy sytuacji braku złożenia stosownej informacji wraz z ofertą, który to brak nie może zostać „poprawiony” przez Zamawiającego.

Dodatkowo, sytuację w przedmiotowym postępowaniu komplikuje fakt, o którym mowa w „Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 roku”, w którym to opracowaniu, w pkt 5 - Mechanizm odwróconego obciążenia przy rozliczaniu podatku od towarów i usług w orzecznictwie Izby, na str. 38, tj. „Analiza stanowisk poszczególnych składów orzekających zajętych w ramach rozstrzygnięcia sporów powstałych w różnych

stanach faktycznych prowadzi do wniosku, że ocena konsekwencji niezłożenia informacji o zastosowaniu mechanizmu odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u jeszcze kształtuje się w orzecznictwie Izby”.

Na potwierdzenie powyższego należy przytoczyć kilka stwierdzeń wzajemnie się wykluczających lub sprzecznych, a występujących w kształtującym się jeszcze orzecznictwie KIO: 1. w orzeczeniu z dnia 20.11.2015 r. o sygn. akt 2432/15 stwierdza się, że „Izba doszła do przekonania, że Przystępujący nie miał obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp”, natomiast w wyroku z dnia 20.11.2015 r. o sygn. akt KIO 2422/15 można przeczytać, że „W art. 2, ww. ustawa wprowadziła do ustawy Pzp przepis art. 91 ust. 3a w nowym brzmieniu, który w zdaniu drugim nakłada na wykonawcę obowiązek poinformowania zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego”; 2. w wyroku z dnia 13.11.2015 r. o sygn. akt KIO 2362/15 stwierdzono, że „[...] gdyby Zamawiający prezentował inny pogląd niż wyrażony w opinii GUS, miałby także możliwość poprawienia elementów kalkulacyjnych ceny, w części dotyczącej podatku VAT w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, uznając, że oferta Konsorcjum we wskazanym zakresie jest niezgodna ze specyfikacją, a jej poprawienie nie ma wpływu na wynik postępowania”, natomiast w orzeczeniu z dnia 20 listopada 2015 r. o sygn. akt KIO 2422/15 stwierdza się, że „Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w treści oferty omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten ma zastosowanie wyłącznie do omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z brakiem złożenia wraz z ofertą informacji w zakresie powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, wymaganej przepisem ustawy, tj. art. 91 ust. 3a Pzp”; 3. w orzeczeniu z dnia 11.12.2015 r. o sygn. akt KIO 2400/15, KIO 2411/15 stwierdza się, że „Dalej wskazać należy, że ustawodawca używając określenia „czy wybór oferty będzie prowadził...” jednoznacznie wskazał, że wykonawca winien złożyć wraz z ofertą informację pozytywną lub negatywną.”, natomiast w wyroku z dnia 25.04.2016 r. o sygn. akt KIO 507/16, KIO 508/16, KIO 516/16 można przeczytać, że „Obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, konkretyzuje się więc w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku wykonawcy nie mają podstaw do składania informacji „pozytywnej” - zawierającej wszystkie wymagane elementy”; 4. w wyroku z dnia 11.12.2015 r. o sygn. akt KIO 2555/15 stwierdzono, że „Izba uznała iż przesłanka niezgodności z SIWZ z powodu podania błędnej treści oświadczenia Zamawiającemu o jego obowiązku podatkowym nie może być, co do zasady w podstawą do odrzucenia oferty Przystępującego”, natomiast w orzeczeniu z dnia 20.11.2015 r. o sygn. akt KIO 2422/15, stwierdzono, że „natomiast w niniejszej sprawie

mamy do czynienia z brakiem złożenia wraz z ofertą informacji w zakresie powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, wymaganej przepisem ustawy, tj. art. 91 ust. 3a Pzp. Jest to niezgodność z ustawą, a nie tylko niezgodność z warunkami SIWZ.”; 5. W Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 roku stwierdzono również, że „Izba uznawała także, że brak jest podstaw do odrzucenia takiej oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ informacja złożona w trybie art. 91 ust. 3a Pzp nie stanowi treści oferty [...]”, natomiast w wyroku z dnia 23.11.2015 r. o sygn. akt KIO 2411/15 stwierdzono, że „Izba stoi na stanowisku, że brak złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą informacji o powstaniu bądź nie u zamawiającego obowiązku podatkowego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp winna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skutki zaś złożonych wyjaśnień winny być analizowane w konkretnym stanie faktycznym”.

Sam Odwołujący składając odwołanie, nie przedstawił żadnych dowodów, np. w postaci faktur proforma, potwierdzeń złożenia zamówień, katalogów, cenników lub innych dokumentów, potwierdzających możliwość dostawy 75 szt. smartfonów i 6 szt. laptopów z dotykowym ekranem lub tabletów z dołączaną klawiaturą za cenę nie przekraczającą 20.000 zł netto. W wyroku z dnia 28.10.2015 r. o sygn. akt KIO 2263/15 KIO wypowiedziała się, że „W tej sytuacji to odwołujący, zgodnie z art. 6 Kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp powinien wykazać, że istotnie wartość tabletów przewyższa próg ustawowy” (oczywiście w przedmiotowej sprawie chodzi o wykazanie nie przewyższania progu ustawowego 20.000 zł netto). W związku z tym, że Odwołujący, pozostawił swe twierdzenia gołosłowne, Zamawiający nie miał innej możliwości, niż podtrzymać pierwotne stanowisko.

Zamawiający rozstrzygając postępowanie posiłkował się orzecznictwem KIO oraz S.O., które przytoczył, jak również opinią prawną Pani dr Karoliny Tetlak przygotowaną w ramach projektu System doradztwa prawnego dla JST w ramach projektu systemowego Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji. Działanie 5.2 Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki „Dobre prawo - sprawne rządzenie” (Nr sprawy 144/DOR/2015), która również, tak jak Zamawiający przeprowadzała analizę przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp i również doszła do wniosku, że w takiej sytuacji Zamawiający, jedyne co może zrobić w tej niejednoznacznej kwestii to odrzucić ofertę jako niezgodną z ustawą Pzp.

O słuszności stanowiska Zamawiającego może świadczyć również fakt, że żaden z pozostałych siedemnastu Wykonawców (których oferty również zostały odrzucone na tej podstawie) nie złożył odwołania. Czy możliwym jest, że osiemnastu Wykonawców (17 odrzuconych i 1 wybrany) uważa, że Zamawiający postąpił prawidłowo i u wszystkich koszt Infrastruktury przekracza próg 20.000 zł netto, a jedynie w ofercie Odwołującego ten próg nie został przekroczony? Jest to zastanawiające.

Wobec powyżej przytoczonej argumentacji, Zamawiający podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Załączniki do odpowiedzi na odwołanie – plik zestawień i wydruków internetowych.

Wykonawca NEWIND Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, podkreślił w zgłoszeniu przystąpienia, że zarzuty podniesione przez odwołującego są bezpodstawne, a żądania nieuprawnione i stąd odwołanie winno być oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wykonawca NEWIND Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w wyniku skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Odwołujący spełnił przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę z ceną korzystniejszą od ceny oferty wybranej, co stwarza potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego o braku interesu po stronie odwołującego we wniesieniu odwołania wobec niezakwestionowania pozostałych ofert, a w szczególności oferty Infomex Sp. z o.o. niższej cenowo od oferty odwołującego, przez wskazanie innej podstawy odrzucenia tej oferty – niż podstawa odrzucenia oferty odwołującego. W ocenie Izby, brak podważenia pozostałych korzystniejszych cenowo odrzuconych ofert, nie pozbawia odwołującego uprawnienia w zakresie środków ochrony prawnej, wobec niezakwestionowania czynności zamawiającego w przedmiocie odrzucenia tych ofert przez wykonawców, których dotyczą.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, zatem rozpoznała odwołanie na rozprawie, w granicach przedstawionych w nim zarzutów, z uwzględnieniem faktu, że granice odwołania wyznacza czynność zamawiającego niezgodna z przepisami ustawy lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art.189 ust. 4, art. 192 ust. 7 i art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołanie podlega uwzględnieniu z powodu odrzucenia oferty odwołującego na podstawie okoliczności, które w świetle przepisów wskazanych w uzasadnieniu informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty, nie stanowią podstawy do jej odrzucenia.

Oferta odwołującego została odrzucona z następującym uzasadnieniem (pismo z dnia 10 czerwca 2016 r.): „Państwa oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jest niezgodna z ustawą Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Oferta jest niezgodna z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, w związku z którym obowiązkiem Wykonawcy było poinformowanie Zamawiającego, na etapie składania oferty, o obowiązku doliczenia do ceny podatku VAT wynikającego z mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT, co w niniejszym postępowaniu ma miejsce. Zgodnie z obowiązującym przepisem art. 91 ust. 3a ustawy Pzp „Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku”. W niniejszym postępowaniu mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT dotyczy dostawy Infrastruktury do Punktu Partnerskiego (smartfony) oraz dostawy Infrastruktury do Punktu Dystrybucji (komputery przenośne). Obowiązek doliczania podatku VAT przez Zamawiającego do przedstawionej w ofercie ceny znajdzie zastosowanie w przypadkach przewidzianych w art. 17 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 Nr 177 poz. 1054 ze zm., dalej „u.p.t.u.”), w tym m.in. do dostaw towarów wymienionych w załączniku nr 11 do u.p.t.u., jeżeli zarówno dokonujący dostawy, jak i nabywca są polskimi podatnikami. Z dniem 1 lipca 2015 r. w ramach nowelizacji załącznika nr 11 odwróconym obciążeniem zostały objęte m.in. telefony komórkowe, w tym smartfony oraz komputery przenośne, po przekroczeniu progu kwotowego w wysokości 20.000 zł (bez kwoty podatku). W związku z tym, że z podanych przez Państwa cen jednostkowych dostawy Infrastruktury do Punktów Partnerskich oraz do Punktów Dystrybucji wynika, że próg ten został przekroczony, zgodnie z wymogiem ustawy Pzp zobowiązani byliście Państwo do złożenia wraz z ofertą informacji czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, czego nie uczyniliście. Podkreślić jednocześnie należy, że pomimo obowiązku ciążącego na Wykonawcy, wynikającego bezpośrednio z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, Zamawiający dodatkowo (pomimo braku takiego obowiązku) zawarł stosowne postanowienie w dziale XIII pkt 4 SIWZ. Wobec powyższego postanowiono jak na wstępie.”

Oceniając powyższe, Izba wskazuje. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Z art. 1 wskazującego zakres ustawy oraz następnych wynika wniosek, że pojęcie „ustawa”, oznacza ustawę Prawo zamówień publicznych. Przyjmuje się również szerszy zakres tego pojęcia, a mianowicie akty wykonawcze wydane na podstawie ustawy Pzp, a także przepisy aktów prawnych, do których odwołuje się ustawa Pzp.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 może nastąpić, gdy przedmiotem czynności jest oferta – oświadczenie woli wykonawcy co do przedmiotu i sposobu wykonania zamówienia (zobowiązanie, które wyraża wykonawca i przez złożenie oferty na siebie

przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ). Niezgodność oferty z ustawą, to niezgodność z zasadami udzielania zamówień, czy poszczególnymi przepisami. W doktrynie wskazuje się na: nieustanowienie pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 2), złożenie oferty w postaci niedopuszczonej ustawą (art. 82 ust. 2), czy nie zastosowanie się do ustalenia, co do języka w jakim można złożyć ofertę (art. 9 ust. 3).

Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, jako niezgodna z ustawą Pzp – z przepisem art. 91 ust. 3a z powodu nie poinformowania zamawiającego o obowiązku doliczenia do ceny podatku VAT wynikającego z mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem VAT. Zamawiający wskazał w piśmie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i końcowej części pkt 13 pisma dotyczącego oferty odwołującego zamieścił informację, że dodatkowo (pomimo braku takiego obowiązku) zawarł stosowne postanowienie w dziale XIII pkt 4 SIWZ – jednakże oferty nie odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podstawę prawną odrzucenia oferty stanowi wyłącznie przepis art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, faktyczną niezłożenie informacji, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego.

Przepis art. 91 ust. 3a ustawy Pzp stanowi: *Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.*

W orzecznictwie Izby, w konkretnych rozstrzygnięciach sporów, wskazano m.in. w wyrokach:

- z dnia 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1966/15 *„To na zamawiającym spoczywa obowiązek, w celu dokonania oceny ofert poprawienia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług.”;*
- z dnia 13 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2362/15 *„Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty.”;*
- z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2432/15 *„przepis art. 91 ust. 3a ustawy Pzp ma charakter jedynie informacyjno-pomocniczy i nie wpływa na ostateczne ukształtowanie*

obowiązku podatkowego. Ponadto nie ma wpływu na samo wykonanie zamówienia, nie stoi także na przeszkodzie, aby Zamawiający uzyskał zamawiany przedmiot zamówienia.”;

- z dnia 11 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2555/15 „Oświadczenie nie stanowi treści oferty mającej wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast jest elementem oferty i zdaniem Izby mieści się w szerokim określeniu treści oferty, wskazanej w przepisie art. 87 ust.1 Pzp. Ma ono zastosowanie do ustalenia, kto w postępowaniu nabywcą zamówienia czy jego wykonawca będzie obciążony obowiązkiem w podatku VAT. Oświadczenie o powstaniu obowiązku podatkowego u Zamawiającego nie jest oświadczeniem woli na temat sposobu realizacji zamówienia, nie ma także wpływu na realizację przedmiotu zamówienia”.

W Informacji rocznej KIO 2015 r., na którą powołują się strony, w części 5. *Mechanizm odwróconego obciążenia przy rozliczaniu podatku od towarów i usług w orzecznictwie Izby*, w której omówiono orzecznictwo w tym temacie, w końcowej części opracowania, przedstawiono wnioski pomocne przy ocenie oświadczenia, o którym stanowi wskazany przepis: *„U podstaw kształtującej się linii orzeczniczej leży założenie, że z oświadczenia wykonawcy wymaganego przez art. 91 ust. 3a Pzp zamawiający powinien uzyskać wiedzę, czy w procesie porównywania ofert do ceny zaproponowanej przez danego wykonawcę ma doliczyć podatek od towarów i usług, którym będzie obciążany jako płatnik tego podatku. Informacja ta nie stanowi jednak wiążącej podstawy do obliczenia należnego podatku. Podstawą naliczenia i wymiaru podatku są przepisy ustawy o podatku od towarów i usług, nie zaś ustawa Prawo zamówień publicznych. Obowiązek podatkowy, a tym samym ustalenie wysokości podatku należnego spoczywa na zamawiającym, co daje podstawy do twierdzenia, że oświadczenie o istnieniu mechanizmu odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u ma walor informacyjny, choć ma znaczenie dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie można pominąć, że ustawodawca nie wprowadził szczególnego trybu postępowania związanego z brakiem złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp lub złożenia takiego oświadczenia obarczonego błędami. W konsekwencji Izba rozstrzygając spory dotyczące tego oświadczenia podjęła próbę stosowania w odniesieniu do tego dokumentu zasad analogicznych jak przy ocenie innych dokumentów zawartych w ofercie.”*

Spór dotyczy łącznej wartości towarów w ramach jednolitej gospodarczo transakcji, bez kwoty podatku. Przerzucenie obowiązku podatkowego na nabywcę następuje w sytuacji, gdy wartość zamawianych towarów przewyższa próg 20.000 zł. Odwołujący utrzymywał, że wartość towarów nie przekroczy tej kwoty. Natomiast zamawiający mając na uwadze ceny jednostkowe w ofercie odwołującego – dostawy Infrastruktury do Punktu Partnerskiego (smartfony) oraz dostawy Infrastruktury do Punktu Dystrybucji (komputery przenośne), uznał, że wartość dostawy przekroczy próg kwotowy w wysokości 20.000 zł (bez kwoty podatku).

Zatem, niezłożenie wraz z ofertą informacji, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego w sytuacji, gdy z ustaleń zamawiającego wynika przekroczenie progu, skutkowało odrzuceniem oferty.

Na rozprawie odwołujący utrzymywał w szczególności, że mechanizm odwróconego podatku VAT nie dotyczy jego oferty, gdyż oferowana wartość smartfonów (pkt I ppkt e formularza oferty), tabletów (ppkt f) nie przekracza kwoty 20.000 zł. W podpunktach tych: e – implementacja systemów w punktach partnerskich – oprócz wartości smartfonów wliczono koszt dostawy i koszt wdrożenia; wartość smartfonów została ujęta w koszcie dostawy infrastruktury, w którym również ujęto koszty szkolenia w zakresie obsługi smartfonów; ppkt f – implementacja systemu w punktach dystrybucji – w tej pozycji wykazano koszty dostawy tabletów, klawiatury i czytników, przy czym w koszcie dostawy uwzględniono również koszty szkolenia w zakresie tych urządzeń. Odwołujący wskazał, że mógł wliczyć w koszt dostawy infrastruktury koszty szkoleniowe – wzór umowy zał. 6 do SIWZ, § 1 pkt 22 – definicja implementacji systemu wskazuje koszty przeprowadzenia szkoleń osób obsługujących system, w pkt 2 tegoż paragrafu System Karty Turystycznej lub system, został zdefiniowany jako zintegrowany system informatyczny oraz infrastruktura. Stanowisko swoje uzasadnił również tym, że zamawiający nie wskazał w SIWZ innego miejsca na ujęcie kosztów szkolenia w zakresie infrastruktury, stąd uwzględnił je w kosztach w ppkt e i f pkt I formularza oferty. Ponadto, przedstawienie przez odwołującego w formularzu oferty cen brutto, wskazuje na niewystąpienie obowiązku informowania o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego.

Odwołujący zakwestionował przedstawiony przez zamawiającego koszt 75 smartfonów wahający się od 48.450 zł do 197.025 zł oraz zestawienie smartfonów i wydruki ze stron internetowych, jako cen rynkowych tabletów i smartfonów (załączniki do odpowiedzi na odwołanie). Wskazał, że z przedstawionego zestawienia w tabeli wynika, że są to tylko przykłady smartfonów spełniające wymagania SIWZ, znalezione przez zamawiającego. Odwołujący nie zaoferował żadnego z wymienionych modeli. Stwierdził, że na rynku jest ogromna ilość smartfonów, a zamawiający przedstawił w zestawieniu najdroższe modele. Odwołujący wskazał stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ, pytanie 383 (pismo z 30.05.2016 r.), twierdząc, że jest to jedyny dokument odnośnie wymagań zamawiającego w zakresie parametrów dotyczących smartfonów. W pierwszym zdaniu pisma zamawiający stwierdził, że zaakceptuje dowolny sprzęt dostarczony do punktów dystrybucji oraz punktów partnerskich pod warunkiem, że umożliwi on korzystanie z funkcjonalności przewidzianych w załączniku nr 1. Przedstawione przez zamawiającego ceny smartfonów pochodzą z wyszukiwarki cenowej (ceneo.pl) – są to ceny dla konsumentów detalicznych, jakich nie mógłby uzyskać wykonawca biorący udział w postępowaniu. Nie zgodził się z twierdzeniem, że nie spełnił wymogu z art. 91 ust. 3a Pzp,

wskazał, że obowiązek z tego przepisu konkretyzuje się wówczas, gdy cena dostawy przekracza 20.000 zł. Stwierdził, że przedstawiona w formularzu oferty cena brutto wskazuje na niewystąpienie obowiązku informowania zamawiającego o powstaniu obowiązku podatkowego.

Zamawiający – zakwestionował stanowisko odwołującego wskazując m.in., że jednostkowy koszt dostawy infrastruktury do punktu partnerskiego zgodnie z definicją infrastruktury – jest to wyposażenie w sprzęt niezbędny do obsługi – do kosztu tego nie można zaliczyć kosztu szkolenia, gdyż nie jest ono elementem infrastruktury. Zakwestionował wycenę smartfonów netto 16.500 zł, wycenę szkolenia w zakresie obsługi smartfonów na kwotę 36.000 zł netto. Powołując się na § 6 ust. 2 wzoru umowy wskazał, że szkolenie osób obsługujących system, polega na przeszkoleniu osób wskazanych przez punkt partnerski, punkt dystrybucji lub zamawiającego. Koszty szkolenia powinny być ujęte w ppkt e i f, ale nie w pozycji kosztu dostawy infrastruktury. Zamawiający podniósł, że nie ma możliwości poprawienia kwot podanych w ppkt e i f oferty z uwagi na fakt, że treść nie kwalifikuje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż odwołujący stwierdził, że nie doszło w tym miejscu do omyłki tylko są to świadomie podane kwoty.

Odnosnie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że wskazał ceny jednostkowe za smartfony dostępne na rynku i złożył je po to aby wskazać, że poprzez analizę oferty odwołującego w porównaniu do cen rynkowych, nie zaszła omyłka w cenie oferty, a odwołujący doliczył do ceny dostawy koszty szkolenia w sposób niezasadny.

Uwzględniając jednoznaczne określenie pojęcia infrastruktury i niemożność uwzględnienia szkoleń w tym pojęciu uznał, że cena netto 700 zł jest ceną wyłącznie za sprzęt, pomnożona przez 75 punktów, stanowi kwotę powyżej 20.000 zł. Reasumując, zamawiający stwierdził, że brak oświadczenia (poinformowania) skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodnej z ustawą oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – niezgodność z SIWZ dział XVIII pkt 4 – wymóg złożenia oświadczenia odpowiadającego treści art. 91 ust. 3a Pzp.

Na rozprawie zamawiający przedstawił szerszy zakres i charakter oceny oferty odwołującego, niż wynika to z informacji o odrzuceniu oferty, kwestionując strukturę ceny oferty i wskazując w końcowej wypowiedzi przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako dodatkową podstawę odrzucenia oferty. Przepis ten nie stanowił podstawy odrzucenia oferty, i jego zastosowanie lub nie, nie stanowi przedmiotu rozstrzygnięcia.

Mając na uwadze treść przepisu art. 91 ust. 3a ustawy oraz interpretację wynikającą z orzecznictwa, w szczególności z Informacji rocznej KIO 2015 r., w której wskazano założenia kształtującej się linii orzeczniczej – *obowiązek podatkowy, a tym samym ustalenie wysokości podatku należnego spoczywa na zamawiającym; oświadczenie o istnieniu mechanizmu odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u ma walor informacyjny; próba*

stosowania w odniesieniu do tego dokumentu zasad analogicznych jak przy ocenie innych dokumentów zawartych w ofercie – Izba uwzględniła odwołanie wobec odrzucenia oferty odwołującego z powodu nie złożenia informacji, o której stanowi przepis art. 91 ust. 3a zdanie drugie ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z pierwszym zdaniem art. 91 ust. 3a ustawy Pzp – *Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami – zamawiający ma obowiązek ustalenia wysokości należnego podatku i doliczenia do przedstawionej ceny oferty. Może to uczynić na podstawie danych przedstawionych w ofercie, może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, stosując zasady analogiczne jak przy ocenie innych dokumentów zawartych w ofercie. Wobec waloru informacyjnego oświadczenia o istnieniu mechanizmu odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u, brak poinformowania zamawiającego, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.*

Powtórzenie badania i oceny oferty odwołującego skutkuje unieważnieniem dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba uwzględniła odwołanie i nakazała jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp – naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: