

Sygn. akt: KIO 1253/14

WYROK
z dnia 3 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 lipca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2014 r. przez wykonawcę: **ADVERT Sp. z o.o., ul. Wyspiańskiego 14, 30-035 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Sprzedaż Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 60, 30-417 Kraków,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **ADVERT Sp. z o.o., ul. Wyspiańskiego 14, 30-035 Kraków, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ADVERT Sp. z o.o., ul. Wyspiańskiego 14, 30-035 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę **4 009 zł 40 gr.** (słownie: cztery tysiące dziewięć złotych czterdzieści groszy) od wykonawcy: **ADVERT Sp. z o.o., ul. Wyspiańskiego 14, 30-035 Kraków** na rzecz zamawiającego: **TAURON Sprzedaż Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 60, 30-417 Kraków,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: TAURON Sprzedaż sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zawarcie umowy ramowej na kompleksową obsługę kreatywną w zakresie prowadzenia kampanii reklamowych i innych działań marketingowych dla Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. z terminem obowiązywania 18 miesięcy od daty zawarcia.”

W dniu 10 czerwca 2014 r. zamawiający poinformował wykonawcę ADVERT sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie o wyborze ofert najkorzystniejszych: Media Partner W. C., M. L. sp.j., Fabryka Idei sp. z o.o., Agencja Reklamowa CzART sp. z o.o., Agencja Reklamowa S4 S.A. oraz o odrzuceniu oferty ADVERT sp. z o.o. i wykluczeniu z postępowania wykonawcy HYPERmedia sp. z o.o.

Wykonawca ADVERT sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności:

1. odrzucenia oferty odwołującego, pomimo braku przesłanek ku temu,
2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: Media Partner W. C., M. L. sp.j. z siedzibą w Katowicach, Fabryka Idei sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Agencja Reklamowa CzART sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Agencja Reklamowa S4 S.A. z siedziba w Krakowie, pomimo że oferta odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą,
3. prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie, że w ofercie odwołującego zamieszczone zostały ceny niezgodnie z wymaganiami zamawiającego i odrzucenie oferty na tej podstawie, a w związku z tym wybór jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez Media Partner W. C., M. L. sp.j., Fabryka Idei sp. z o.o., Agencja Reklamowa CzART sp. z o.o., Agencja Reklamowa S4 S.A., zamiast oferty odwołującego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 18 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego wobec uznania, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT,
3. art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie żądania wyjaśnienia treści oferty odwołującego w zakresie pozycji 48 i 49 formularza cenowego,
4. art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie żądania dalszych wyjaśnień od odwołującego

w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT ZW (zwolniony) w odniesieniu do pozycji 1, 2, 3, 12, 13, 14 formularza cenowego w sytuacji, gdy zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie,

5. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na umieszczeniu w pozycjach 48 i 49 formularza cenowego cen określonych według rozliczeń godzinowych, które to niezgodności nie powodują istotnych zmian w treści oferty,

6. art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty odwołującego, w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, przez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu,

7. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, przeprowadzenie dowodów w nim wskazanych i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert,
3. powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego,
4. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztu udziału pełnomocnika w sprawie według norm przepisanych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odwołujący wyjaśnił, że umieszczenie przez odwołującego w pozycjach 48 i 49 Formularza Cenowego oznaczenia „/za godz” w sformułowaniach „Aktualizacja plików graficznych na bazie plików otwartych/za godz.” oraz „Przeformatowanie na inny wymiar /za godz” stanowiło oczywistą omyłkę, nadającą się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamieszczenie oznaczenia „/za godz.” było omyłkowe, nie noszące znamion umyślności, znalazło się w formularzu cenowym całkowicie przypadkowo, przy okazji tworzenia pliku przez współpracownika odwołującego. Odwołujący wniósł o:

1. przesłuchanie odwołującego w charakterze strony,
2. przesłuchanie świadka Pani Renaty Skowron na okoliczność tworzenia oferty odwołującego oraz przyczyn zamieszczenia oznaczenia „/za godz”.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest umowa ramowa, określająca ogólne zasady współpracy stron w przyszłości w oparciu o zamówienia/umowy jednostkowe (realizacyjne), to konkrety stawek (sztuk) podlegałyby uzgodnieniu w oparciu o indywidualne parametry zamówienia jednostkowego. Biorąc pod uwagę, że zamawiający nie zdefiniował

w warunkach SIWUR pojęcia pliku graficznego, na który w praktyce składa się nie tylko statyczny obraz, lecz także może taki plik przyjąć postać filmu (choćby poprzez zawarcie w jednym pliku graficznym kilku obrazów niestatecznych - np. w formacie .GIF), którego aktualizacja lub przeformatowanie może pociągać za sobą znaczny nakład pracy po stronie wykonawcy, to określenie w formularzu cenowym w pozycjach 48 i 49 ceny za „Sztukę” stanowi ze strony zamawiającego pewne uproszenie (a nawet można by powiedzieć ujednolicenie, uniemożliwiające podanie precyzyjnej ceny końcowej) i służy ogólnej ocenie kierunku cenowego za tego rodzaju prace. Co więcej, w innych pozycjach formularza cenowego zamawiający doprecyzował przynajmniej zakres prac, podając np. formaty i wielkości, długość trwania filmu, co umożliwiało podanie rzetelnej ceny. Brak podania zakresu prac przez zamawiającego w pozycjach 48 i 49 powoduje, że podana cena za szt. może odnosić się do różnych wielkości (od 1 cm do kilku metrów), a co za tym idzie różnego nakładu pracy, co z kolei nie sposób przewidzieć szczegółowo na tak ogólnym poziomie ofertowania. Tym niemniej, odwołujący podał cenę za sztukę w poszczególnych pozycjach formularza cenowego (w tym poz. 48 i 49), zgodnie z wymogami zamawiającego. Twierdzenie zamawiającego, że oferta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nadużycie prawa po stronie zamawiającego. Trudno przyjąć w tej sytuacji, że omyłkowe umieszczenie dopisku „/za godz” przez odwołującego w pozycjach 48 i 49 stanowi stanowcze oświadczenie woli w zakresie zmiany oferty zamawiającego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ceny ofertowej lub określenia przedmiotu świadczenia, pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian (np. wyrok KIO z 8.1.2013 r., KIO 2813/12). W tym przypadku, zamawiający nie dokonał żadnej szczególnej analizy w tym zakresie - jak wynika z ogólnikowego uzasadnienia w pkt 2 zawiadomienia o odrzuceniu oferty.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie ma w treści SIWZ wprost wymagania o treści: „określenia ceny za całościową usługę aktualizacji plików graficznych na bazie plików oraz usługę przeformatowania projektu na inny wymiar” - czym naruszono art. 91 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 87 ust 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający nie wezwał go do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 - co mógł i powinien był uczynić, skoro powstały wątpliwości odnośnie treści zapisów pozycji 48 i 49 formularza cenowego. Na zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego wyjaśnienia wszystkich wątpliwości, jakie nasuwają mu się w związku z przedstawionymi ofertami i nie może on rozstrzygnąć postępowania

przetargowego bez uprzedniego usunięcia, bądź chociażby podjęcia próby usunięcia - powstałych wątpliwości w przedstawionych ofertach.

W zaistniałym stanie faktycznym doszło do innej omyłki, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty - jako że ostateczna cena została podana w formularzu cenowym za pozycje 48 i 49 jako cena za sztukę (netto 120 zł, brutto 147,60 zł), w związku z czym były podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w razie wątpliwości - art. 87 ust. 1. W górnym wierszu tabeli formularza cenowego wskazana została ilość (szt.), mająca zastosowanie do wszystkich dalszych pozycji formularza cenowego - a więc również do pozycji 48 i 49.

W zaistniałym stanie faktycznym nie sposób przyjąć, że omyłkowe wskazanie w polu 48 i 49 wzmianki „/za godz.” powoduje, że oferta odwołującego nie odpowiada w pełni SIWUR. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec odwołującego możliwe byłoby jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWUR lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Zamawiający zarzucił odwołującemu błędy w obliczeniu ceny, przy czym w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zawarł żadnego szczegółowego uzasadnienia. W SIWUR zamawiający nie określił wymaganej stawki podatku VAT, która powinna być zastosowana przez wykonawców.

W ocenie odwołującego, zamawiający niezasadnie stwierdził, że podana przez odwołującego stawka podatku VAT w odniesieniu do niektórych pozycji formularza cenowego jest niewłaściwa czy błędna. W ofercie wyszczególniono, zgodnie z wymaganiami do wszystkich jednostkowych pozycji cenę netto, stawkę VAT - ZW oraz kwotę brutto oraz w zakresie kwot zbiorczych. Ceny brutto są wartościami ostatecznymi, czyli kwotą wymagalną do zapłaty i zasadniczo nie jest istotne, jakimi stawkami VAT oferent się posługuje w swojej działalności. Stawki VAT nie mają również wpływu na zaburzenie konkurencyjności ofert, gdyż dla wykonawcy przychodem zawsze jest kwota netto, a podatek VAT stanowi część neutralną ekonomicznie - jest odprowadzony do budżetu państwa, a nabywający usługę go w pełni odzyskuje. Zatem, w przypadku przedmiotowej oferty spełniono warunek formalny odnośnie ceny.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego, mógł on zastosować w odniesieniu do niektórych pozycji w formularzu cenowym stawkę VAT - ZW, co nie generowało podstaw do odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zarówno europejski, jak i polski system VAT przewidują możliwość sprzedaży usługi ze stawkami stosowanymi przez poddostawcę. Zatem sugestie, że błędnie zastosowano stawkę VAT są niepoprawne merytorycznie, a ponadto nie powinny być przedmiotem oceny, gdyż zasady opodatkowania wykonawców usług nie były wymienione w żadnym punkcie

SIWUR, jako stanowiące przedmiot oceny. Ustawa z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (VAT), jak również przepisy Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej przewidują sytuację, gdy część wynagrodzenia może być traktowana jako zwrot poniesionych wydatków i potraktowana w zakresie podatku VAT tak, jak usługa zakupiona przez samego podatnika. W ramach proponowanych usług/wynagrodzenia odwołujący zobowiązuje się między innymi do przekazania opracowanego scenariusza (np. pozycje 12-14 Formularza cenowego) oraz uprawnień do korzystania z praw autorskich, np. do hasła reklamowego, etc (np. pozycje 1-3 Formularza cenowego). W tym zakresie odwołujący będzie ponosił koszty honorariów artystów/twórców działających indywidualnie, które to wynagrodzenie nie będzie podlegać podatkowi VAT. W konsekwencji część wynagrodzenia Spółki nie będzie podlegać obciążeniu VAT. Możliwość taką potwierdza wprowadzony niedawno w życie art.8 ust 2a ustawy o VAT. W przypadku, gdy podatnik, działając we własnym imieniu, ale na rzecz osoby trzeciej, bierze udział w świadczeniu usług, przyjmuje się, że ten podatnik sam otrzymał i wyświadczył te usługi. Odwołujący podkreślił, że jest to bardzo często występujący w praktyce przypadek fakturowania części wynagrodzenia bez naliczania podatku VAT. Na co dzień można to spotkać w przypadku obciążania kontrahenta (np. najemcy) kosztami podatku od nieruchomości, podatku drogowego ale również polisy ubezpieczeniowej lub odsetek od zadłużenia, które to kategorie korzystają ze zwolnienia z podatku VAT, podobnie jak obciążenie kosztami usług świadczonych przez organy administracji publicznej.

Potwierdza to również polskie oraz europejskie orzecznictwo sądowe w zakresie spraw podatkowych. Jednym z wielu tego typu przykładów jest ogłoszony 17.01.2013 r. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawie C-224/11 BGŻ Leasing sp. z o.o. przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Warszawie. Sprawa zainicjowana odesłaniem prejudycjalnym polskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego dotyczącego wykładni przepisów dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej [dyrektywa VAT]. W wyroku z dnia 13 czerwca br. Trybunał orzekł, że dyrektywę VAT należy interpretować w ten sposób, że, co do zasady, usługa ubezpieczenia przedmiotu leasingu i usługa leasingu stanowią usługi odrębne i niezależne do celów podatku VAT. Jeśli leasingodawca ubezpiecza przedmiot leasingu, obciążając kosztem tego ubezpieczenia leasingobiorcę, to czynność taka, w okolicznościach takich jak w omawianej sprawie, stanowi transakcję ubezpieczeniową, czyli czynność zwolnioną od opodatkowania, zgodnie z przepisami dyrektywy VAT. Trybunał przypomniał, że zgodnie z celem podatku VAT, każde świadczenie powinno być, co do zasady, traktowane jako odrębne i niezależne. W przypadkach wątpliwych należy ustalić zakres świadczenia, by stwierdzić, czy stanowi ono jedno świadczenie, czy też kilka niezależnych. W tym celu należy uwzględnić ogół okoliczności, w jakich odbywa się dana transakcja. Określenie tych

okoliczności, zgodnie z TSUE, należy do sądów krajowych.

Innymi słowy TSUE uznał, że przy okazji świadczenia usługi głównej można kontrahenta obciążać również częściowo według stawki VAT po jakiej sprzedający zakupił daną usługę. A skoro usługi są nabywane od osób fizycznych zwolnionych z VAT (autorów) to TSUE potwierdził, że można stosować na część usługi stawkę zwolnioną z VAT.

W dniu 24 kwietnia 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podstaw zastosowania stawki VAT ZW na poszczególne pozycje w formularzu cenowym. W dniu 7 maja 2014 r. odwołujący przedstawił pisemne wyjaśnienia w tym zakresie. Jeżeli wyjaśnienia te wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do zasadności zastosowanego zwolnienia, zamawiający obowiązany był je wyjaśnić. Zamawiający nie wskazał w piśmie z dnia 24.04.2014 r., że jest to stawka niezgodna z opisami SIWUR. Zachowaniem tym naruszył nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp lecz także art. 87 ust. 1, przez niedostateczne wyjaśnienie treści oferty i odrzucenie jej w oparciu o niepełne dane i informacje.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację oraz wyjaśnienia odwołującego, złożone w sprawie, zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny. Stawka podatku w formularzu cenowym nie została podana błędnie, lecz jej zastosowanie wynika z możliwości, które dają obowiązujące przepisy ustawy o VAT.

Przyjęcie, że stawka VAT zastosowana przez odwołującego jest błędna wyłącznie w oparciu o porównanie do pozostałych ofert wykonawców, którzy zastosowali 23% stawkę VAT - narusza zasady uczciwej konkurencji i doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, która jest cenowo najkorzystniejsza, nawet doliczając do pozycji objętych stawką ZW podatek VAT w wysokości 23%. W tej sytuacji można nawet przyjąć, że odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu stanowi naruszenie zasad współzycia społecznego z art. 5 k.c., biorąc pod uwagę, że zastosowana stawka ma oparcie w obowiązujących przepisach prawa.

Odwołujący podkreślił, że art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jako podstawa do odrzucenia oferty, nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty w sytuacji, gdy zamawiający ma odmienną interpretację przepisów prawa od wykonawcy. Co więcej, nawet gdyby przyjąć, że zastosowanie wobec podanych w formularzu cenowym niektórych pozycji stawki VAT ZW rodzi ryzyko podatkowe, to obciąża ono wyłącznie podatnika, tj. odwołującego. Przy czym odróżnić należy ryzyko podatkowe od błędów/ nieprawidłowości w obliczaniu podatku (a co za tym idzie - ceny zamówienia), gdyż wystąpienie ryzyka podatkowego jest wyłącznie kwestią interpretacji przepisów podatkowych, natomiast wystąpienie błędu w obliczeniu ceny poprzez błąd w obliczeniu/zastosowaniu stawki podatku VAT jest uwarunkowane realną nieprawidłowością rachunkową po stronie oferenta. W przypadku, gdy przepisy wprost nie przewidują niemożliwości stosowania danego rozwiązania w zakresie ustalenia wysokości

podatniku należnego, nie sposób przyjąć, że taka czy inna interpretacja podatnika mieszcząca się w granicach obowiązującego prawa jest błędna i pociąga za sobą skutki określone w art. 89 ust. 1 pkt 6. Ponadto, zamawiający nie uzasadnił dlaczego przyjął, że stawka zastosowana przez odwołującego w zakresie podatku VAT jest niewłaściwa, a zgodnie z postanowieniami obowiązujących przepisów, dorobkiem doktryny i orzecznictwa - powinien był to uczynić.

Ponadto, odwołujący podniósł, że wykonawcy, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, dopuścili się uchybień, które prowadzą do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp:

1. Strony oferty Agencji Reklamowej CzART sp. z o.o. i oferty Fabryki Idei sp. z o.o. nie zostały ponumerowane, a oferta Agencji Reklamowej CzART sp. z o.o. nie była należycie spięta, Wykonawca ten - jak również wykonawca Fabryka Idei sp. z o.o. i Agencja Reklamowa S4 S.A. - nie uwzględnili w formularzu oferty w części D (wg wzoru określonego w Załączniku nr 2 do SIWUR) wykazu załączników do niej. Są to uchybienia, które podlegały wyjaśnieniu bądź poprawieniu, a w przypadku, gdy do tego nie doszło - uzasadniało odrzucenie oferty Agencji Reklamowej CzART sp. z o.o., Fabryki Idei sp. z o.o. oraz Agencji Reklamowej S4 S.A.

2. W ofercie Media Partner W. C., M. L. sp.j. - na str. 30, 32 brak jest podpisu tego wykonawcy „za zgodność z oryginałem”, co stanowi uchybienie formalne podlegające procedurze weryfikacji i uzupełnienia na wezwanie zamawiającego, które nie miało miejsca, a zatem - oferta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami SIWUR. Skoro zamawiający nie wezwał ani nie poprawił zgodnie z przepisami ww. błędów i tej oferty mimo niezgodności nie odrzucił, to świadczy to o nieuzasadnionym różnicowaniu ofert i nierównym traktowaniu wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp ewentualnie jego oddalenie. Wskazał, że pełnomocnictwo załączone do odwołania nie obejmuje umocowania do wniesienia odwołania, gdyż postępowanie odwoławcze nie jest postępowaniem przetargowym, sądowym ani administracyjnym, które zostały wymienione w treści pełnomocnictwa, nie zawiera też wskazania konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania zamawiający wskazał, że dopisanie przez wykonawcę w treści formularza, którego wzór został opracowany przez zamawiającego, nowej treści nie może stanowić działania niezamierzonego. Argumentacja odwołującego co do braku podania w SIWUR zakresu prac w poz. 48 i 49 potwierdza, że wykonawca w sposób przemyślany i celowy zamieścił sporne zapisy w tych pozycjach. Potwierdza to także treść umowy ramowej z dnia 2 kwietnia 2013 r., na podstawie której odwołujący świadczył ostatnio usługi na rzecz zamawiającego o zbieżnym zakresie (nr umowy

171/04/2013). W załączniku nr 5 do ww. umowy odwołujący w poz.33, odpowiadającej zakresowi prac z poz. 48 i 49 formularza cenowego w przedmiotowym postępowaniu, zawiera identyczną cenę. Wszelkie nieprawidłowości wynikające z celowych i świadomych działań wykonawcy nie można kwalifikować jako omyłki, a zatem nie podlegają sprostowaniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie miał podstaw do samodzielnego poprawienia treści oferty w ww. zakresie, w tym do samodzielnego przeliczenia ceny podanej w ww. pozycjach. Taka poprawa prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. Zdaniem zamawiającego, nie wystąpiły także przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do poz. 48 i 49, gdyż przedstawione w ofercie informacje były dla zamawiającego jasne i jednoznaczne.

Zamawiający podniósł dalej, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na niego obowiązku określenia w SIWUR stawki podatku VAT. Obowiązek ten spoczywa wówczas na wykonawcy. Obowiązkiem temu nie sprostał odwołujący, wskazując w formularzu cenowym, dla pozycji 1-3 i 12-14 stawkę podatku VAT w wysokości 0%. Wbrew stanowisku odwołującego przepis art. 8 ust. 2a ustawy o podatku VAT nie definiuje podatnika ani nie wprowadza zwolnień podmiotowych od podatku. Przepis ten uprawnia pośrednika w świadczeniu usługi do zastosowania zasad opodatkowania przewidzianych dla danej usługi, wykonanej przez podmiot, w imieniu którego usługa jest przez niego świadczona. Zamawiający wskazał, że dla usług przewidzianych w poz. 1-3 i 12-14 formularza cenowego przepisy art. 41 i 42 ustawy o VAT nie przewidują stawki w wysokości 0%, jak również art. 118 i nast. nie przewidują jakichkolwiek zwolnień w tym zakresie, zatem należy przyjąć, że usługi te podlegają opodatkowaniu VAT według stawki podstawowej, wskazanej w art. 41 ust. 1 ustawy o VAT.

Wadliwość stanowiska odwołującego potwierdza także treść załącznika nr 3 do ww. ustawy, który zawiera wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką 7%, która w okresie od 01.01.2011 r. do 31.12.2016 r. została podwyższona do 8%. Wskazuje ona, że wspomnianą stawką objęte są usługi twórców i artystów, wykonawców w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wynagradzanie w formie honorariów za przekazanie lub udzielenie licencji do praw autorskich lub praw do artystycznego wykonania. Stąd nie sposób zgodzić się, że usługi te są zwolnione z podatku VAT. W konsekwencji należało uznać, że odwołujący nieprawidłowo określił stawkę podatku VAT w ofercie, a co za tym idzie nieprawidłowo wyliczył wysokość tego podatku i cenę za ww. usługi, co stanowi błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający wyjaśnił również, że zarzuty podniesione w pkt III odwołania dotyczą jedynie uchybień formalnych ofert pozostałych wykonawców, które nie mogą skutkować odrzuceniem oferty, ani nie rodzą po stronie zamawiającego obowiązku podejmowania

dodatkowych działań, co stanowi o bezzasadności zarzutu naruszenia w tym zakresie art. 7 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Uwzględnienie odwołania skutkowałoby koniecznością przywrócenia oferty złożonej przez odwołującego do postępowania oraz koniecznością powtórzenia przez zamawiającego czynności oceny ofert, co umożliwiłoby odwołującemu zakwalifikowanie do grona wykonawców wybranych do zawarcia umowy ramowej w ramach prowadzonego postępowania.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał złożenia w ofercie formularza cenowego według wzoru załączonego do specyfikacji istotnych warunków umowy ramowej. W ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 2 kwietnia 2014r. w odpowiedź na pytanie nr 2 zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, że we wszystkich pozycjach tego formularza należało podać ceny za sztukę, tj. obejmujące ryczałtowo realizację danej usługi.

Odwołujący złożył w ofercie formularz cenowy, w którym w opisie kolumn dotyczących ceny netto i brutto umieścił opis „za sztukę”, natomiast w pozycjach 48 i 49 tego formularza w opisie działania zawarł dodatkowo sformułowanie „/za godz” tj. podał w poz. 48 „Aktualizacja plików graficznych na bazie plików otwartych/za godz.” oraz w poz. 49 „Przeformatowanie na inny wymiar /za godz”.

Powyższa treść formularza cenowego zawartego w ofercie odwołującego wskazuje jednoznacznie na wewnętrzną sprzeczność treści oferty w omawianym zakresie. Formularz zawiera bowiem w odniesieniu do pozycji 48 i 49 dwie przeciwne sobie informacje, co do sposobu podania przez wykonawcę ceny za działania opisane w tych pozycjach. W tych okolicznościach dla dokonania oceny, czy oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego czy też nie, konieczne jest wyjaśnienie przez wykonawcę treści oferty. Zamawiający nie może dokonywać bowiem oceny oferty, która zwiera sprzeczność, bez umożliwienia

wykonawcy wyjaśnienia tej sprzeczności. Jednocześnie należy podkreślić, że zamawiający nie był uprawniony do posiłkowania się przy ocenie treści tej oferty sformułowaniami zawartymi w ofercie złożonej przez wykonawcę w innym postępowaniu. W ocenie Izby, brak jest podstaw do wnioskowania przez zamawiającego z treści oferty złożonej uprzednio przez wykonawcę o treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu i wyciągania skutków prawnych na tej podstawie.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności należało uznać, że zamawiający był zobowiązany na etapie badania i oceny ofert wezwać odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty w zakresie rzeczywistego i wiążącego sposobu określenia w ofercie ceny w pozycjach 48 i 49 formularza cenowego. Odrzucenie oferty, jako niezgodnej z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWUR było stanowczo przedwcześnie. Odrzucenie oferty odwołującego mogłoby nastąpić wyłącznie wówczas, gdyby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę potwierdziły, że formularz cenowy został sporządzony niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, określonymi w specyfikacji. W zależności od treści złożonych wyjaśnień zamawiający byłby zobowiązany ewentualnie do dokonania poprawy treści oferty w powyższym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty.

Zarzuty dotyczące braku zdefiniowania przez zamawiającego w warunkach SIWUR pojęcia pliku graficznego, którego aktualizacja lub przeformatowanie może pociągać za sobą znaczny nakład pracy po stronie wykonawcy oraz określenia w formularzu cenowym w pozycjach 48 i 49 ceny za „sztukę” stanowiącego ze strony zamawiającego pewne uproszenie (a nawet można by powiedzieć ujednoczenie, uniemożliwiające podanie precyzyjnej ceny końcowej), a także braku doprecyzowania w tych pozycjach zakresu prac, zostały zgłoszone po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania wobec treści SIWUR i dlatego należało uznać je za spóźnione.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez twierdzenie zamawiającego, co do treści SIWZ w odniesieniu do wymagania o treści: „określenia ceny za całościową usługę aktualizacji plików graficznych na bazie plików oraz usługę przeformatowania projektu na inny wymiar” nie ma podstaw, z uwagi na brak przepisu o tym oznaczeniu w ustawie Pzp. Odwołujący nie wyjaśnił też i nie sprostował ewentualnej pomyłki w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W SIWUR zamawiający nie określił wymaganej stawki podatku VAT, która powinna być zastosowana przez wykonawców w ofercie, w tym w poszczególnych pozycjach formularza cenowego. W formularzu ofertowym w pkt B ppkt 1 zamawiający wymagał

jednoznacznie „wyliczenia kwoty podatku VAT zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa, według obowiązującej stawki ... %”.

Odwołujący w złożonym w ofercie formularzu cenowym w kolumnie „podatek VAT” w pozycjach 1-3 i 12-14 podał „0”, natomiast w formularzu oferty w pkt B.1 podał kwotę podatku VAT w wysokości 68 995,4 PLN, stwierdzając, że została ona „wyliczona zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa według obowiązującej stawki 23% i w przypadku praw autorskich stawki zwolnionej”.

W dniu 24 kwietnia 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z żądaniem udzielenia wyjaśnień czy jest zwolniony z podatku VAT oraz czy stosuje stawkę 0% VAT na usługi wymienione w formularzu cenowym, a także wyjaśnienie podstaw do zastosowania zwolnienia wymienionych w formularzu cenowym usług z podatku VAT.

W dniu 7 maja 2014 r. odwołujący przedstawił pisemne wyjaśnienia w tym zakresie. Stwierdził, że nie korzysta ze zwolnienia z podatku VAT, gdyż jest zarejestrowanym czynnym podatnikiem podatku VAT. Wskazał, że brak obciążenia wybranych części usługi wynika z możliwości, jaką przewidują przepisy ustawy o podatku VAT oraz z praktyki obrotu gospodarczego. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że ustawa o podatku od towarów i usług (VAT), jak również przepisy europejskiej dyrektywy w sprawie podatku VAT przewidują sytuację, gdy część wynagrodzenia może być również traktowana jako zwrot poniesionych wydatków i potraktowana w zakresie podatku VAT, tak jak usługa zakupiona przez samego podatnika. W ramach proponowanych usług/wynagrodzenia Spółka zobowiązuje się między innymi do przekazania opracowanego scenariusza (np. poz. 12-14 formularza cenowego) oraz uprawnień do korzystania z praw autorskich, np. do hasła reklamowego, etc. (np. oz. 1-3 formularza cenowego). W tym zakresie Spółka będzie ponosiła koszty honorariów artystów/twórców działających indywidualnie, które to wynagrodzenia nie będą podlegać podatkowi VAT. W konsekwencji część wynagrodzenia Spółki nie będzie podlegać obciążeniu VAT. Odwołujący wskazał, że możliwość taką potwierdza wprowadzony niedawno w życie art. 8 ust. 2a ustawy o VAT. W przypadku, gdy podatnik działając we własnym imieniu, ale na rzecz osoby trzeciej, bierze udział w świadczeniu usług, przyjmuje się, że podatnik ten sam otrzymał i wyświadczył te usługi.

W danym stanie faktycznym w pierwszej kolejności należy wskazać, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zobowiązuje zamawiającego do badania ofert pod kątem prawidłowości sposobu obliczenia ceny oferty, a skoro podatek VAT jest jednym ze składników ceny oferty, to tym samym badanie prawidłowości ustalenia i obliczenia podatku VAT stanowi istotny element z punktu widzenia prawidłowości obliczenia ceny oferty, podlegający badaniu przez zamawiającego.

W zakresie obowiązku zamawiającego do dalszego wyjaśniania treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego na wezwanie z dnia 24 kwietnia 2014 r., Izba stoi na

stanowisku, że obowiązek taki powstaje jedynie w przypadku istotnych wątpliwości wynikających z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, niedających się rozstrzygnąć przez zamawiającego. W niniejszej sprawie stanowisko odwołującego przedstawione w złożonych wyjaśnieniach jest jednoznaczne i jasne, w związku z czym należy uznać, że sam fakt, iż zamawiający nie podzielił tego stanowiska, nie kreował obowiązku zamawiającego do ponownego wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w tym samym zakresie. Na marginesie tylko Izba zauważa, że wezwanie do złożenia wyjaśnień co do sposobu obliczenia ceny oferty powinno nastąpić w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a nie art. 26 ust. 4 Pzp, który stanowi postawę do wyjaśniania treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zamawiający słusznie stwierdził w oparciu o złożone przez odwołującego wyjaśnienia, że podana przez odwołującego stawka podatku VAT – „zwolniony” w odniesieniu do pozycji nr 1-3 i 12-14 formularza cenowego jest błędna. Odwołujący nie wykazał bowiem podstaw do zastosowania w odniesieniu do ww. pozycji w formularzu cenowym stawki VAT – „zwolniony”. Powyższe stanowiło podstawę do odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Argumentacja odwołującego, że zarówno europejski, jak i polski system VAT przewidują możliwość sprzedaży usługi ze stawkami stosowanymi przez poddostawcę (art. 8 ust. 2a ustawy o VAT), nie wyjaśnia podstawy do zastosowania przez wykonawcę zwolnienia podmiotowego, przynależnego innym ściśle określonym podmiotom. W ocenie Izby, sytuacja, gdy część wynagrodzenia może być traktowana jako zwrot poniesionych wydatków i potraktowana w zakresie podatku VAT tak, jak usługa zakupiona przez samego podatnika odnosi się do usług i towarów opodatkowanych określoną stawką podatku VAT lub objętych zwolnieniem przedmiotowym, natomiast nie obejmuje przypadków zwolnienia podmiotowego, przynależnego tylko określonym podmiotom. Przypadku takiego nie dotyczy też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) przywołane przez odwołującego w uzasadnieniu dowołania oraz w treści opinii z dnia 1 lipca 2014 r. opracowanej przez Agatę Grochowinę (doradcę podatkowego) wydanej na zlecenie odwołującego. Opinia ta nie wnosi w ocenie Izby istotnych okoliczności w sprawie, z uwagi na jej ogólnikowy charakter i pobieżne omówienie zagadnienia.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację oraz wyjaśnienia odwołującego, złożone w sprawie, Izba stwierdziła, że zamawiający miał podstawy do uznania, że odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący nie wykazał, że posiada zwolnienie podmiotowe, uprawniające do nienaliczania podatku VAT od określonych usług, wręcz przeciwnie przyznał w wyjaśnieniach, że nie korzysta ze zwolnienia podmiotowego. W zakresie możliwości korzystania ze zwolnienia podatkowego innych podmiotów odwołujący nie wykazał przynależnego mu uprawnienia, choćby poprzez przedstawienie indywidualanej

interpretacji podatkowej w tej sprawie.

Sam fakt, że oferta odwołującego jest cenowo najkorzystniejsza, nawet doliczając do pozycji objętych stawką „zw” podatek VAT w wysokości 23%, nie wyłącza obowiązku zamawiającego w zakresie badania i oceny tej oferty pod kątem przesłanek do jej odrzucenia. Odstąpienie od oceny w tym zakresie byłoby sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którą zamawiający ma obowiązek przestrzegać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 18 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego wobec uznania, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji co do naruszenia przepisu art. 18 Pzp. Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie żądania dalszych wyjaśnień od odwołującego w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie ma zastosowania w niniejszej sprawie w kontekście zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzuty podniesione w odwołaniu w odniesieniu do wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, dotyczące uchybień formalnych w postaci: braku ponumerowania stron oferty Agencji Reklamowej CzART sp. z o.o. i oferty Fabryki Idei sp. z o.o., nienależytego spięcia oferty Agencji Reklamowej CzART sp. z o.o., braku uwzględnienia w formularzu ofertowym wskazania załączników, nie stanowią podstaw do odrzucenia ww. ofert ani nie stanowią naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nieuzasadnione różnicowanie ofert i nierówne traktowanie wykonawców. Są to uchybienia nie mające istotnego znaczenia w ramach oceny ofert w postępowaniu.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlegało uwzględnieniu, pomimo zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż naruszenie to nie miało wpływu i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, co stanowi konieczną przesłankę do uwzględnienia odwołania, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp

oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: