

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2018 roku przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z Tyczyna (36-020)** w postępowaniu prowadzonym **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z Konstancina-Jeziornej (05-520)**

przy udziale wykonawcy **Business Travel Club Sp. z o.o. z Warszawy (00-336)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Business Travel Club Sp. z o.o. z Warszawy (00-336)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z Tyczyna (36-020)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Business Travel Club Sp. z o.o. z Warszawy (00-336)** na rzecz wykonawcy **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z Tyczyna (36-020)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowanie odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 stycznia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 006-010169), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług logistycznych obsługi podróży służbowych w PSE S.A.” przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna (dalej „zamawiający”) wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Business Travel Club Sp. z o.o. (dalej „BTC”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ze względu na odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie zawiera błędu w obliczaniu ceny lub kosztu oraz poprzez zaniechanie odrzucenie oferty BTC pomimo, iż zawiera błąd w obliczaniu ceny,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BTC, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. odrzucenia oferty BTC,
4. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zamawiający odrzucił jego ofertę z uwagi na błąd w obliczaniu ceny, kwestionując podanie przez odwołującego w pozycji 8 formularza cenowego w kolumnie „i” stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy – zdaniem zamawiającego – należało wpisać „zwolniony”.

Odwołujący podniósł, iż sam zamawiający wskazał w opisie kolumny „i”, iż należy podać „Stawkę podatku VAT [w %] zastosowaną do obliczenia ceny z podatkiem VAT wartości opłaty transakcyjnych”, czyli wartość VAT:

- a) w oparciu o art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług określa wszystkie stawki podatku VAT i „zwolniony” nie jest jedną z nich,

- b) wyłącznie w odniesieniu do opłaty transakcyjnej,
- c) wartość podaną w procentach „[w%]”.

Zdaniem odwołującego w takich okolicznościach nie było możliwe wpisanie w kolumnie w pkt 8 kolumnie „i” Formularza cenowego „zwolniony” – „zwolniony” nie stanowi stawki podatku VAT tylko szczególną procedurę jego rozliczenia; stawki podatku VAT określa art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług i nie wymienia się w tym przepisie stawki „zwolniony”. Uzupełnił, że art. 43, który odnosi się do zwolnień znajduje się w innym rozdziale ustawy niż stawki podatku VAT.

Podniósł również, że „zwolniony” nie stanowi wartości wyrażonej w procentach, wobec czego w kolumnie „i” należało podać wartość 23% VAT, czyli stawkę podstawową, od której to stawki w szczególnych okolicznościach dokonuje się zwolnienia (wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2294/14).

Dodatkowo stwierdził, że podanie jakiegokolwiek innej stawki podatku VAT niż 23% byłoby niemożliwe – podstawową stawką podatku VAT jest 23%, a inne stawki podatku VAT można stosować jedynie w szczególnych przypadkach, co oznacza, iż ewentualne zwolnienie następuje od stawki podatku VAT 23%.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług zwalnia się od podatku: usługi ubezpieczeniowe, usługi reasekuracyjne i usługi pośrednictwa w świadczeniu usług ubezpieczeniowych i reasekuracyjnych, a także usługi świadczone przez ubezpieczającego w zakresie zawieranych przez niego umów ubezpieczenia na cudzy rachunek, z wyłączeniem zbywania praw nabytych w związku z wykonywaniem umów ubezpieczenia i umów reasekuracji. Usługi ubezpieczeniowe, reasekuracyjne są świadczone przez Towarzystwa Ubezpieczeniowe i Reasekuracyjne.

Oświadczył, że nie świadczy tego typu usług. Podkreślił, że tego typu usługi świadczy wystawca polisy i są one świadczone ze stawką „zwolniony”.

Wskazał, że usługi pośrednictwa w świadczeniu usług ubezpieczeniowych i reasekuracyjnych, zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, są wykonywane wyłącznie przez brokerów reasekuracyjnych i tylko podmioty, którym przysługuje przymiot „brokera reasekuracyjnego” mogą zastosować zwolnienie przy pośrednictwie ubezpieczeniowym, gdyż tylko takie podmioty mogą jednocześnie świadczyć usługi pośrednictwa ubezpieczeniowego i reasekuracyjnego.

W ocenie odwołującego, nawet jeżeli uznać, iż zwolnienie z art. 43 ust. 1 ustawy o VAT dotyczy również samodzielnych usług pośrednictwa ubezpieczeniowego to dzieje się tak wyłącznie w przypadku, gdy dany podmiot działa jako agent lub pośrednik danego

ubezpieczyciela i ma prawo doliczyć do stawki polisy ubezpieczeniowej własną marżę. Nie dotyczy natomiast sytuacji, gdy działanie danego podmiotu (odwołującego, BTC) stanowi inną usługę, a nie element usługi ubezpieczeniowej lub usługi pośrednictwa ubezpieczeniowego rozumianego, jako działanie w imieniu i na rzecz towarzystwa ubezpieczeniowego, tylko np. tak jak w tym wypadku, element usługi organizacji podróży służbowych.

Usługi świadczone przez ubezpieczającego w zakresie zawieranych przez niego umów ubezpieczenia na cudzy rachunek, z wyłączeniem zbywania praw nabytych w związku z wykonywaniem umów ubezpieczenia i umów reasekuracji - ubezpieczającym w okolicznościach niniejszej sprawy pozostaje zamawiający, który wykupuje ubezpieczenie na rzecz swoich pracowników; zwolnienie w tym zakresie również nie znajdzie zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że zamawiający wymagał podania w kolumnie pozycji 8, kolumna „i” stawki podatku VAT wyrażonej w %, wobec czego należało podać stawkę podatku VAT 23%, co uczynił odwołujący, a czego zaniechał BTC. Stwierdził nadto, że możliwość zastosowania zwolnienia od podatku VAT nie znajdzie zastosowania do sytuacji odwołującego i – prawdopodobnie – do sytuacji BTC.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 13 kwietnia 2018 r., odwołania z dnia 6 kwietnia 2018 r., Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2018 r. (uwzględnienie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego), Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 10 kwietnia 2018 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty odwołującego i przystępującego oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania

zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie zawiera błędu w obliczeniu ceny lub kosztu potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Świadczenie usług logistycznych obsługi podróży służbowych w PSE S.A.” – taki tytuł i oznaczenie zamówienia wskazano na stronie tytułowej SIWZ oraz w Rozdziale II SIWZ.

W Rozdziale II zamawiający, w zakresie szczegółowego określenia przedmiotu zamówienia, odesłał do Części II SIWZ oraz Części IV SIWZ, tj. odpowiednio do „Specyfikacji przedmiotu zamówienia” oraz do „Wzoru Umowy” (zgodnie z opisem części na str. 2 SIWZ).

Zgodnie z pkt. I.1. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Część II SIWZ – „Specyfikacji przedmiotu zamówienia”) przedmiotem zamówienia jest kompleksowe świadczenie usług logistycznych obsługi podróży służbowych, polegające na „rezerwacji, sprzedaży i dostawie pod wskazany adres biletów lotniczych (krajowych i międzynarodowych), kolejowych (międzynarodowych), anulacji i zwrocie u przewoźnika wyżej wymienionych biletów, w przypadku anulowania wyjazdu; zakupie i dostarczeniu (elektronicznie) polis ubezpieczeniowych dla delegatów wyjeżdżających za granicę (zakres musi odpowiadać wymogom określonym w ust. 17); wykonywaniu czynności związanych z formalnościami wizowymi, w tym wykupieniem wiz dla przedstawicieli Zamawiającego oraz wynajmie samochodu w kraju i za granicą.”

W pkt. 17.7. Części II SIWZ zamawiający zastrzegł, że „w odniesieniu do ubezpieczeń wskazanych w niniejszym ust. 17 pozostawia sobie możliwość zawarcia ubezpieczenia we własnym zakresie”.

W § 1 Wzoru Umowy – „Przedmiot Umowy” wyliczono: „Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia na rzecz Zamawiającego następujących usług logistycznych obsługi podróży służbowych Zamawiającego (Usługi): 1) (...); 2) (...); 3) zakupu i dostarczania (w formie elektronicznej) polis ubezpieczeniowych dla podróżnych wyjeżdżających za granicę; 4) (...); 5) (...).”

W 7 ust. 2 Wzoru Umowy – „Wynagrodzenie i warunki płatności” zamawiający przewidział, że „Wykonawca będzie obciążać Zamawiającego za wystawienie polis

ubezpieczeniowych zgodnie z kwotami, na które wystawione będą polisy. Wystawienie, zwrot i wygaszenie ubezpieczeń dokonywane będą bez dodatkowej opłaty transakcyjnej.

W 7 ust. 2 Wzoru Umowy – *„Wynagrodzenie i warunki płatności”* zamawiający wskazał, że *„Kwoty wymienione w ust. 1 powyżej powiększone będą o podatek od towarów i usług (VAT) w wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury.”* W ust. 1 zamawiający wyliczył usługi, za które wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie w postaci stałej opłaty transakcyjnej – wśród tych usług (6 punktów) nie ma usługi wystawiania polis.

W pkt. 7 Rozdziału II lit. f) zamawiający podał następującą nazwę i kod Wspólnego Słownika Zamówień: *„66510000-8 – usługi ubezpieczeniowe”*.

Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych (Rozdział IV pkt 1) SIWZ).

W Rozdziale VI zamawiający nie postawił wykonawcom żadnych warunków w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej.

W Rozdziale XI SIWZ zamawiający, co do sposobu przygotowania oferty, wskazał, że *„Oferta pod rygorem nieważności musi być złożona w formie pisemnej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w niniejszej SIWZ.”*

Część III SIWZ stanowiły wzory formularzy, wśród których wzór nr 1 to *„Formularz oferty”*.

We wzorze *„Formularza oferty”* zamawiający ujął następującą treść: *„My niżej podpisani (...) oferujemy zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jak też przepisami prawa obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej stosowanymi do prac będących przedmiotem zamówienia, wykonanie zamówienia objętego postępowaniem o nazwie: Świadczenie usług logistycznych obsługi podróży służbowych w PSE S.A. 1. za cenę (patrz kryterium nr 1 oceny ofert – Część I SIWZ): za netto zł,² kwota podatku VAT/VAT marży (i innych podatków od towarów i usług) zł, za kwotę z podatkami zł. Formularz cenowy stanowi załącznik nr 1 do Formularza oferty.”*

Przypisowi „2” nadano brzmienie: *„Cena netto za realizację przedmiotu zamówienia musi być równa sumie z wiersza „8” tabeli zawartej w Formularzu cenowym. Powyższa wartość jest na potrzeby porównania ofert.”*

Formularz cenowy składał się z tabeli – 7 kolumn (a-g) oraz 8 wierszy, poprzedzonej treścią: *„Cena oferty na potrzeby porównania ofert została obliczona zgodnie z poniższą tabelą: Uwaga: Opłata transakcyjna musi być różna od „0”. Pod tabelą zamieszczono zdanie o treści:*

„Cena z podatkami Do obliczenia cen z podatkami zastosowano następujące stawki podatku: (należy wskazać wszystkie stawki podatku VAT, np. 23%, VAT marża w wysokości, zwolniony, 0%).”

W Rozdziale II SIWZ zamawiający podał szereg definicji, w tym definicję ceny, przez co należy rozumieć „cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2017 r. poz. 1830)”.

W Rozdziale XVI SIWZ zamawiający, co do sposobu obliczenia ceny oferty, wskazał, że „wymaga, aby oferta zawierała: a) cenę netto w [zł], kwotę podatku VAT lub innych podatków od towarów i usług np. VAT marża (wg obowiązujących przepisów) oraz cenę w [zł] z podatkami”.

Pismem z dnia 30 stycznia 2018 r. zamawiający, w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonał zmiany wzoru „Formularza cenowego” – wiersz 1 podzielono na 2 (oddzielnie ujęto koszt zakupu biletów lotniczych zagranicznych oraz biletów lotniczych krajowych), zwiększając liczbę wierszy z 8 do 9. Nie zmieniono przy tym treści przypisu 2 w „Formularzu oferty” (pozostało polecenie, że cena netto musi być równa sumie z wiersza „8”).

Pismem z dnia 13 lutego 2018 r. zamawiający, w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, ponownie zmodyfikował wzór „Formularza cenowego”, wskazując: „treść ww. załącznika zawarta jest w załączniku nr 1 do niniejszego pisma”.

Zamawiający zwiększył liczbę kolumn tabeli do 11 (a-k), przy czym opis kolumny „f” zmienił się z „Suma opłat transakcyjnych (kol.c*kol.e) [zł netto]”, na „Łączna suma opłat transakcyjnych (kol.c*kol.e) [zł netto]”.

Zamawiający nie ujął w treści zmodyfikowanego „Formularza cenowego” zdania pod tabelą o treści: „Cena z podatkami Do obliczenia cen z podatkami zastosowano następujące stawki podatku: (należy wskazać wszystkie stawki podatku VAT, np. 23%, VAT marża w wysokości, zwolniony, 0%).”

Poszczególne kolumny w zmodyfikowanej tabeli „Formularza cenowego” zostały opisane przez zamawiającego w następujący sposób:

- a – „Lp.”
- b – „Nazwa opłaty”,
- c – „Prognozowana liczba zleceń”,
- d – „Prognozowana wartość zamówionych usług bez opłaty transakcyjnej [zł netto]”,
- e – „Pojedyncza opłata transakcyjna [zł netto]”,
- f – „Łączna suma opłat transakcyjnych (kol.c*kol.e) [zł netto]”,
- g – „Suma opłat (kol.d+kol.f) [zł netto]”,
- h – „Prognozowana wartość zamówionych usług bez opłaty transakcyjnej [zł brutto/ z podatkiem VAT]”,

- i – „Stawka podatku VAT [w%] zastosowana do obliczenia ceny z podatkiem VAT wartości opłaty transakcyjnych”,
- j – „Łączna suma opłat transakcyjnych [zł brutto/z podatkiem VAT” – nie zamknięto nawiasu,
- k – „Koszt wykonania usługi [zł brutto/z podatkiem VAT] - suma kwot z kol. h oraz kol. jj”.

Wiersz (pozycja) 8 to „Polisy ubezpieczeniowe” (kol. b – „Nazwa opłaty”).

Nadto zamawiający, w przypadku pozycji 8, kolumny „e” „*Pojedyncza opłata transakcyjna [zł netto]*” oraz „f” „*Łączna suma opłat transakcyjnych (kol.c*kol.e) [zł netto]*” zaciemnił, kolumnę „a”, „b”, „c”, „d”, „h” wypełnił, wpisując odpowiednio: „8”, „Polisy ubezpieczeniowe”, „4000”, „275 000”, „275 000”.

Pismem z dnia 27 marca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego oraz w szczególności o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na zastosowanie do obliczenia ceny w pozycji 8 „Formularza cenowego” niewłaściwej stawki podatku VAT (w wysokości 23%). Zamawiający oświadczył, że z jego dotychczasowej praktyki wynika, że *„do obliczenia ceny polis ubezpieczeniowych stosowana była stawka podatku VAT w wysokości 0% - stosownie do postanowień art. 43 ust. 1 pkt 37 ustawy o podatku od towarów i usług.”* Dodatkowo zamawiający wskazał, że *„w dokumentacji postępowania nie wskazano jakie stawki podatku VAT mają Wykonawcy zastosować do obliczenia ceny oferty. Tym samym, nie ma możliwości dokonania korekty oferty w tym zakresie.”*

Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego. Przystępujący wniósł sprzeciw.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W odwołaniu odwołujący stwierdził, że zamawiający, odrzucając jego ofertę, podał, że zdaniem zamawiającego w przypadku pozycji 8 w kolumnie „i” należało wpisać „zwolniony” (pkt 1, str. 3 odwołania).

W piśmie z dnia 27 marca 2018 r. zamawiający, podając uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty odwołującego nie podał ani tego, że w pozycji 8 w kolumnie „i” należało wpisać „zwolniony”, ani tego, jaka stawka jest właściwa.

Jedynie z faktu, że zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego (nie odrzucił tej oferty), który wpisał w tej pozycji „zwolniony”, a dodatkowo z faktu, że nie odrzucił oferty trzeciego z wykonawców z powodu wskazania niewłaściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do pozycji 8 (odrzucał ofertę tego wykonawcy ze względu na niewłaściwą stawkę

podatku VAT w pozycji 4 i 5), który w tej pozycji wpisał „Zwolniony” jedynie pośrednio można wnosić, że zamawiający za właściwe uznał wpisanie w kolumnie „i” pozycji 8 „zwolniony”/”ZW”, co jednak – w ocenie składu orzekającego Izby – nie jest wystarczające do ustalenia właściwej stawki podatku VAT dla ww. pozycji.

W piśmie z dnia 27 marca 2018 r. zamawiający stwierdził także, że ze względu na to, że w dokumentacji postępowania nie wskazał, jakie stawki podatku VAT wykonawcy mają zastosować, nie ma możliwości dokonania korekty oferty w tym zakresie (w nawiązaniu do Uchwały Sądy najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11).

Podkreślić zatem należy, że właściwej – dla pozycji 8 – stawki podatku VAT zamawiający nie wskazał ani w SIWZ (dokumentacji postępowania), ani w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, nie podając tym samym uzasadnienia dla zastosowania owej innej, właściwej stawki podatku VAT.

W piśmie z dnia 27 marca 2018 r. zamawiający dodatkowo odwołał się do swojej „dotychczasowej praktyki”, ale w zakresie VAT za polisy ubezpieczeniowe (nie opłat transakcyjnych), z której wynika, że „do obliczenia ceny polis ubezpieczeniowych stosowana była stawka podatku VAT w wysokości 0% - stosownie do postanowień art. 43 ust. 1 pkt 37 ustawy o podatku od towarów i usług.”, na co wskazywał także odwołujący w swoim piśmie do zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 r. („Jeżeli chodzi o kwestię VAT za polisy ubezpieczeniowe to zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 37 ustawy o podatku VAT to stosujemy stawkę VAT zwolniony” – str. 2 pisma).

W świetle powyższego nie sposób uznać, że czynność odrzucenia oferty odwołującego była czynnością prawidłową – zamawiający nie mógł stwierdzić błędu w obliczeniu ceny ze względu na zastosowanie błędnej stawki podatku VAT, nie ustalając uprzednio (i nie uzasadniając), jaka stawka jest stawką właściwą.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że przyjęcie, na podstawie brzmienia opisu kolumny „i”, że zamawiający oczekiwał podania stawki podatku VAT wyrażonej w „%”, a w konsekwencji, że oczekiwał obliczenia ceny z zastosowaniem wskazanej w tej kolumnie stawki oznaczałoby także, że zamawiający rzeczywiście nie dopuścił możliwości wskazania w kolumnie „i” – „zwolniony”/”ZW”, ponieważ nie mamy w tym przypadku do czynienia ze stawką (jedną ze stawek określonych w art. 41 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1221)), która zawsze wyrażona jest w %.

Jednak takie podejście do znaczenia opisu kolumny „i” w „Formularzu cenowym”, w ocenie składu orzekającego Izby, nie daje się pogodzić z posiłkowym, pomocniczym dla

wykonawców składających oferty charakterem wzorów formularzy; opracowane przez zamawiającego wzory mają na celu ułatwienie wykonawcy złożenia oferty i winny stanowić odzwierciedlenie postanowień ujętych w postanowieniach SIWZ, w tym przede wszystkim co do sposobu obliczenia ceny i postanowień wzoru umowy.

Podkreślić także należy, że w praktyce (pomimo formalnego braku zgodności z ww. art. 41) wykonawcy posługują się w odniesieniu do „zwolniony” terminem „stawka podatku VAT”, czego potwierdzeniem jest choćby treść pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 r. , w którym oświadczył: *„Jeżeli chodzi o kwestię VAT za polisy ubezpieczeniowe to zgodnie z art. 43 ust. 1pkt 37 ustawy o podatku VAT to stosujemy stawkę VAT zwolniony”* – str. 2 pisma.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

W zakresie przypisanego zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie odrzucenie oferty przystępującego pomimo, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie postawił zarzutów.

Skład orzekający Izby wskazuje, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że składa odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zaniechania odrzucenia oferty przystępującego. Wskazał też, naruszenie jakich przepisów ustawy Pzp zarzuca zamawiającemu oraz swoje żądania (unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty przystępującego).

Podnieść jednak należy, że obowiązkiem odwołującego się wykonawcy jest precyzyjne sformułowanie zarzutu, czego w przedmiotowym odwołaniu zabrakło.

Za wyrokiem Izby z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 179/17, skład orzekający Izby wskazuje, że *„Zarzut poza podstawą prawną musi zawierać konkretną i precyzyjną podstawę faktyczną. (...) to właśnie argumentacja merytoryczna, czyli odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty.”*

Na uzasadnienie odwołania – argumentacje merytoryczną – składają się dwie części:

1. Konieczność podania stawki podatku VAT wyrażonej w procentach.

2. Możliwość zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług.

W pierwszej części odwołujący zaprezentował okoliczności faktyczne i argumentację dotyczącą odrzucenia przez zamawiającego jego oferty. W części tej odwołujący podał, że zamawiający zakwestionował podanie przez niego w pozycji 8 „Formularza cenowego” w kolumnie „i” stawki podatku VAT w wysokości 23% oraz, że *„Zdaniem Zamawiającego należało tam wpisać „zwolniony”*. Ani razu, w żaden sposób odwołujący nie przywołał przystępującego lub jego oferty, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że ta część odwołania (okoliczności faktyczne) dotyczy wyłącznie zarzutu odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W drugiej części odwołujący zaprezentował argumentację dotyczącą możliwości zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, co skład orzekający Izby uznał za odniesienie się przez odwołującego do przypisanej w pierwszej części zamawiającemu oceny, że w pozycji 8 w kolumnie „i” *„należało tam wpisać „zwolniony”*, a zatem za kontynuację stanowisko odwołującego co do zarzutu odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Co prawda w tej części odwołujący dwukrotnie przywołał skrót nazwy przystępującego – BTC, tj. w nawiasie w pkt. 9): *„Nawet jeżeli uznać, iż zwolnienie z art. 43 ust. 1 ustawy o VAT dotyczy również samodzielnych usług pośrednictwa ubezpieczeniowego to dzieje się tak wyłącznie w przypadku, gdy dany podmiot działa jako agent lub pośrednik danego ubezpieczyciela i ma prawo doliczyć do stawki polisy ubezpieczeniowej własną marżę. Nie dotyczy natomiast sytuacji, gdy działanie danego podmiotu (Odwołującego, BTC) stanowi inna usługę, a nie element usługi ubezpieczeniowej” lub usługi pośrednictwa ubezpieczeniowego rozumianego, jako działanie w imieniu i na rzecz towarzystwa ubezpieczeniowego, tylko np. tak jak w tym wypadku, element usługi organizacji podróży służbowych.”* oraz w podsumowaniu w lit. b: *„Możliwość zastosowania zwolnienia od podatku VAT nie znajdzie zastosowania do sytuacji Odwołującego i prawdopodobnie – do sytuacji BTC.”*, jednak z uwagi na brak klarowności celu tego przywołania (tytułem przykładu ?), brak jego stanowczego charakteru (*„prawdopodobnie”*) oraz ww. treść obu części uzasadnienia skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie postawił zarzut w odniesieniu do oferty przystępującego.

Ze względu na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności

odrzućenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Dodatkowo, w odniesieniu do stanowisko zamawiającego z rozprawy (zamawiający chce unieważnić przedmiotowe postępowanie z tego względu, iż jest obarczone wadą uniemożliwiającą wybór oferty najkorzystniejszej – w przypadku odwołującego i przystępującego, wykonawcy ci uzyskaliby taką samą liczbę punktów) skład orzekający Izby przypomina, że w Rozdziale XVII SIWZ pkt 7) SIWZ zamawiający podał: *„W przypadku, gdy więcej niż jedna oferta uzyska taką samą liczbę punktów, za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z niższą ceną oferty, a jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie, Zamawiający wzywa Wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez Zamawiającego ofert dodatkowych”*.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) 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 ze zm.).

Przewodniczący: