

Sygn. akt: KIO 1935/17

WYROK
z dnia 2 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2017 r. przez wykonawcę K. sp. z o.o., ul. (...), W. w postępowaniu prowadzonym przez Państwową Inspekcję Pracy Główny Inspektorat Pracy, ul. (...), W.

przy udziale wykonawcy I. sp. z o.o. z siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1935/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: K. sp. z o.o., ul. (...), W. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: K. sp. z o.o., ul. (...), W. tytułem wpisu od odwołania

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

Zamawiający: Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektorat Pracy, ul. (...), W. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa laptopów dla jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy”, nr postępowania: (...)

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 111-222983.

Pismem z dnia 5 września 2017r. Zamawiający poinformował Odwołującego: K. sp. z o.o. ul. (...), W. o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym odrzuceniu jego oferty.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji Zamawiający podniósł: „[...] Zamawiający uznał, że wskazanie przez Spółkę K. błędnej stawki podatku VAT (RC zamiast 23%) stanowi błąd, który nie może zostać poprawiony stosownie do art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Z przekazanej Informacji z czynności badania i oceny ofert wynikało ponadto, że za najkorzystniejsza uznana została oferta złożona przez firmę I. sp. z o.o.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 15 września 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności badania i oceny oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego w zakresie podanej stawki podatku VAT;
3. art. 7 ust. 1 oraz Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej I. sp. z o.o. z siedzibą w W. pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez I. sp. z o.o.;
- 3) uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący uznał, że Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp odrzucił jego ofertę i zaprzeczył ustaleniu Zamawiającego, iż określił on w treści formularza ofertowego nieprawidłową stawkę podatku VAT tj. 0% zamiast jak być powinno 23%.

Według Odwołującego z jego treści wynika podał jedynie, iż podatek VAT wynosi 0 zł wg stawki RC, a nie że podatek VAT w odniesieniu do oferowanych produktów wynosi 0%.

Zdaniem Odwołującego treść tej części oferty była wyłącznie konsekwencją brzmienia art. 91 ust. 3a zd. 2 ustawy Pzp i podania w ofercie omyłkowej informacji, iż wybór oferty Odwołującego prowadzić będzie do powstania obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

Zwrócił przy tym uwagę, że w pkt 13.6 SIWZ oraz wzorze umowy Zamawiający wskazał, iż nie jest zarejestrowany jako czynny podatnik VAT, co w praktyce wykluczało możliwość wystąpienia odwróconego obciążenia podatkowego (Reverse Charge - „RC”).

Uwzględniając powyższe, podniósł, iż w istocie w treści formularza ofertowego Odwołującego w ogóle nie została określona stawka podatku VAT.

Argumentował, że podana wartość podatku VAT 0 zł wg. stawki RC dotyczyła bowiem wyłącznie okoliczności zaistnienia mechanizmu odwróconego obciążenia podatkowego.

Odwołujący stwierdził, że wskazana wyżej niezgodność oferty z treścią SIWZ, będąca konsekwencją omyłki Odwołującego, podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zauważył, że przywołanej przez Zamawiającego uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2012 r. sygn. akt III CZP 53/11 wynika bowiem po pierwsze, iż odrzucenie oferty z powodu podania błędnej stawki podatku VAT możliwe jest wyłącznie w przypadku, braku określenia przez samego Zamawiającego w treści SIWZ obowiązującej stawki podatku VAT.

W przypadku podania tej stawki przez Zmawiającego niezgodność podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z tym wskazał, iż wiążąca wykonawców stawka podatku VAT określona została w §2 wzoru umowy, stanowiącej integralną treść SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał w tym punkcie umowy, że: „Wartość przedmiotu umowy wynosi ogółem zł(słownie:.....) w tym podatek od towarów / usług według stawki 23%.”.

Oczywistym dla Odwołującego jest, iż ten punkt umowy był wiążący dla wykonawców i nie mógł podlegać żadnym negocjacjom.

Odwołujący zaznaczył, że W pkt 11.7 SIWZ Zamawiający podkreślił tę okoliczność wskazując: „Przepisy ustawy Pzp nie przewidują negocjacji warunków udzielenia zamówienia, w tym postanowień projektu umowy, po terminie otwarcia ofert”.

Ponadto, wskazał, iż w treści formularza ofertowego Odwołującego, dwukrotnie znalazło się jego jednoznaczne oświadczenie o akceptacji warunków umowy.

Uwzględniając powyższe, stwierdził, iż skoro w treści SIWZ (wzorze umowy) Zamawiający określił obowiązującą stawkę podatku VAT (23%), a Odwołujący zaakceptował te postanowienia, to brak jest przeszkód do poprawienia zawartej w pkt 1 formularza ofertowego omyłki w zakresie stawki i wartości podatku VAT.

Ponownie podkreślił, że w pkt 1 formularza ofertowego omyłkowa wartość podatku VAT „0 zł wg stawki RC” podana została wyłącznie w odniesieniu do zastosowania mechanizmu odwróconego obciążenia (RC).

Tym bardziej, w ocenie Odwołującego, brak jest przeszkód do poprawienia tej omyłki poprzez zastosowanie stawki podatku VAT (23%) określonej przez Zamawiającego we wzorze umowy i zaakceptowanej przez Odwołującego w treści oferty.

W przekonaniu Odwołującego zmiana taka spełnia ponadto przesłankę dotyczącą „istotności”, a poprawienie polegać będzie wyłącznie na zastosowaniu działania matematycznego, polegającego na dodaniu do ceny netto określonej przez Zamawiającego w treści SIWZ i zaakceptowanej przez Odwołującego stawki podatku VAT 23%.

Przekonywał, że w wyniku zastosowanej poprawki cena oferty nie ulegnie zatem zmianie.

Niezależnie od okoliczności określenia przez Zamawiającego w treści SIWZ obowiązującej stawki podatku VAT Odwołujący podniósł, że powołanie się przez Zamawiającego na uchwałę SN sygn. akt III CZP 53/11 było niezasadne, gdyż stan faktyczny w oparciu, o który została ona wydana był odmienny.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sytuacji nie mamy do czynienia z błędnym określeniem stawki podatku VAT, tylko z nieokreśleniem tej stawki w pkt 1 formularza ofertowego, a zatem w sytuacji, gdy z okoliczności faktycznych wynika, że brak określenia tej stawki był wynikiem omyłki, a jej prawidłowe ustalenie jest oczywiste w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawne, to tym bardziej Zamawiający zobowiązany był do poprawienia niezgodności w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący ponadto wskazał, iż do powstania przedmiotowej omyłki przyczynił się również sam Zamawiający, bowiem w pkt 13.5 SIWZ Zamawiający zawarł następujący zapis: „Zamawiający dopuszcza by cena, o której mowa w pkt 13.2 SIWZ nie zawierała podatku od towarów i usług w przypadku składania ofert, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów u usług. W takiej sytuacji 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 VAT”.

Biorąc pod uwagę przepisy ustawy o VAT – według Odwołującego - pkt 13.5 i 13.2 SIWZ wzajemnie wykluczały się, bowiem nie można zastosować procedury odwróconego VAT-u w odniesieniu do towarów objętych przedmiotowym zamówieniem, jeśli Kupujący (Zamawiający) nie jest zarejestrowany jako czynny podatnik VAT.

Zwrócił uwagę, że w treści SIWZ (załącznik nr 7 do SIWZ, pozycja UWAGA pkt 7) Zamawiający określił następujące wymaganie: „Zamawiający na zakup 1 komputera przenośnego może przeznaczyć kwotę 3200,00 zł netto”.

Zdaniem Odwołującego - w świetle tego postanowienia zaoferowanie ceny za komputer powyżej 3200 zł netto winno było skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Tymczasem, zaoferowana przez I. sp. z o.o. cena za 1 komputer przenośny wynosi 3592 zł netto.

W związku z tym zarzucił, iż wybór oferty I. sp. z o.o. odbył się z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Pismem z dnia 15 września 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca I. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego i Przystępującego, odwołania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 5 września 2017r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 września 2017r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 2 października 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art. 87 ust.2 pkt 3, 89 ust.1 pkt.2 i pkt 6 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, że zawiera błędy w obliczeniu ceny, a także czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona z tego względu, że jej treść jej niezgodna z treścią SIWZ.

Przechodząc do omówienia zarzutu braku błędu w obliczeniu ceny, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 13 SIWZ dokonał opisu sposobu obliczenia ceny.

Zamawiający w pkt 13.1 SIWZ postanowił, że Wykonawca ma złożyć jedną ofertę jednowariantową oferując wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej siwz. Wykonawca zaoferuje jedną cenę łączną oferty w złotych polskich bez podatku VAT i cenę obejmującą podatek VAT. Wykonawca ma również podać wysokość i stawkę podatku VAT. Wykonawca ma podać cenę jednostkową bez podatku VAT oferowanych komputerów przenośnych – cena ta ma zawierać koszt zakupu systemu operacyjnego i wszystkich pozostałych elementów komputera przenośnego koniecznego do jego uruchomienia i pracy.

W pkt 13.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że cena oferty ma obejmować: transport do podmiotów wskazanych w siwz i jego wniesienie do pomieszczeń wskazanych przez upoważnione osoby, zaś w pkt 13.3 SIWZ wymagał, aby w przypadku zastosowania upustu ceny miał on być wyrażony w złotych, a cena oferty miała być podana po jego uwzględnieniu.

Nadto, Zamawiający zastrzegł w pkt 13.4 SIWZ, że każda podana cena może być zakończona ostatnią cyfrą przed przecinkiem, a w przypadku podania cyfr po przecinku ma być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku.

W pkt 13.5 SIWZ Zamawiający dopuścił by cena, o której mowa w pkt 13.2 siwz nie zawierała podatku od towarów i usług w przypadku składania ofert, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów u usług. W takiej sytuacji 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 VAT (pkt 17 formularza ofertowego).

Izba stwierdziła również, że w pkt 13.6 SIWZ Zamawiający oświadczył, że Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektorat Pracy nie jest zarejestrowany jako czynny podatnik VAT.

Izba ustaliła również, że Zamawiający przewidział formularz oferty stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, w którym wykonawcy mieli złożyć następujące oświadczenie:

1. Oświadczamy, że cena naszej oferty wynosi (za szt. komputerów przenośnych): a) bez podatku VAT zł (PLN), słownie b) z podatkiem VATzł (PLN), słownie:

podatek VAT wynosizł (PLN) wg stawki%. Formularz cenowy zawarty jest na stronach oferty. (Kryterium nr 1).

Według ustaleń Izby Odwołujący w wykonaniu powyższego postanowienia złożył następujące oświadczenie:

1. Oświadczamy, że cena naszej oferty wynosi (za 253 szt. komputerów przenośnych): a) bez podatku VAT 803 781,00 zł (PLN), słownie: osiemset trzy tysiące, siedemset osiemdziesiąt jeden, 00/100) b) z podatkiem VAT RC 803 781,00 zł (PLN), słownie: osiemset trzy tysiące, siedemset osiemdziesiąt jeden, 00/100) c) podatek VAT wynosi 0,00 zł (PLN) wg stawki RC %. Formularz cenowy zawarty jest na 6 stronie oferty. (Kryterium nr 1).

Jednocześnie w pkt 17 lit. a formularza oferty złożył oświadczenie, że stosownie do postanowień art.91 ust.3a ustawy Pzp złożenie oferty będzie prowadziło do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego.

Bezsporna w przedmiotowej sprawie była okoliczność, że Zamawiający nie jest zarejestrowany jako czynny podatnik VAT, a zatem złożenie oferty nie będzie prowadziło do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego.

Powyższy materiał dokumentacyjny – w przekonaniu Izby – potwierdza, że powyższa oferta cenowa nie zawierała określonej przez Odwołującego stawki podatku VAT, co oznacza, że zawierała błąd w obliczeniu ceny, bowiem nie zawierała dodatkowej wartości wynikającej ze stawki tego podatku.

Pojęcie językowe błędu, jest opisane między innymi w Słowniku Języka Polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN (tom I, wyd.2007), jako coś niezgodnego z regułami pisania, liczenia, wymowy itp. Błąd to również niewłaściwe zachowanie lub postępowanie, które przyniosło niepożądane skutki.

W omawianej sprawie powyższy błąd sprawił, że cena oferty została obliczona przez Odwołującego niezgodnie z powołanymi wyżej postanowieniami pkt 13.1 SIWZ, bowiem nie uwzględniała należnego podatku VAT i błąd ten powodował, że złożone oferty z tego powodu stały się nieporównywalne, co wywołane zostało niewłaściwym zachowaniem Odwołującego(niedbalstwo).

W przeciwieństwie do błędu, który ma duży ciężar gatunkowy omyłka w rozumieniu słownikowym to pomyłka, zwykle drobna (vide: Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN, tom III, wyd.2007).

Jeżeli zatem Odwołujący popełnił błąd w powyższym zakresie, to należy przyjąć, że Zamawiający miał podstawę prawną do zastosowania przepisu art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania, Izba również nie przyjęła argumentacji Odwołującego o możliwości poprawienia oferty w trybie przepisu art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Izby taka poprawka ceny oferty nie jest dopuszczalna z tego względu, że zadeklarowana przez Odwołującego w ofercie niezgodność ze stanem rzeczywistym ma charakter kwalifikowany, bowiem jest błędem w obliczeniu ceny, a nie omyłką niepowodującą istotnych zmian w umowie.

Nadto, wymaga wskazania, że zmiana ceny poprzez wprowadzenie innej niż zaoferowana stawka podatku VAT spowodowałaby istotną zmianę treści oferty.

Niezależnie od powyższego, Izba uznała wskazywane przez Odwołującego postanowienie § 2 wzoru umowy, gdzie wpisano 23 % stawkę VAT za odnoszące się jedynie do etapu realizacji umowy i przyszłych roszczeń wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, a zatem nie jest ono związane ze stawką podatku VAT deklarowanego w ofercie, która nie została określona przez Zamawiającego w formularzu ofertowym i cenowym.

Wymaga również zauważenia, że postanowienia pkt 20 SIWZ dotyczyły jedynie omyłek rachunkowych w ofercie, a zatem nie miały one zastosowania w rozpoznawanej sprawie.

Jeżeli zaś chodzi o trzeci zarzut wymierzony przeciwko ofercie Przystępującego, należy wskazać, że nie potwierdził się, bowiem służące za punkt odniesienia się do wykazywania sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ jej postanowienie miało charakter jedynie informacyjny, nie wywołujący dla wykonawców skutków prawnych.

Izba ustaliła, że w pkt 5 załącznika nr 7 formularza cenowego Zamawiający powiadomił wykonawców, że na zakup 1 komputera przenośnego może przeznaczyć kwotę 3200,00 zł netto.

Powyższe brzmienie nie przesądza – w ocenie Izby - definitywnie, że Zamawiający przeznacza za zakup komputera kwotę do 3200,00 zł netto.

Natomiast, z treści złożonego przez Przystępującego formularza cenowego, w którym wpisano, że koszt zakupu jednego komputera wraz z całym oprzyrządowaniem wynosi 3 056,00 zł netto wynika, że zaoferowana kwota mieści się – według Izby – w powyższym limicie wartościowym.

W związku z tym Izba nie stwierdziła istnienia podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Przystępującego z tej przyczyny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:.....