

## WYROK

z dnia 8 czerwca 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2016 r. przez wykonawcę **S.H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe, ul. Twardowska 2, 63-220 Kotlin** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Inspektorat Weterynarii w Pleszewie, ul. Kazimierza Wielkiego 7c, 63-300 Pleszew**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Powiatowy Inspektorat Weterynarii w Pleszewie, ul. Kazimierza Wielkiego 7c, 63-300 Pleszew** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S.H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe, ul. Twardowska 2, 63-220 Kotlin** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Pleszewie, ul. Kazimierza Wielkiego 7c, 63-300 Pleszew** na rzecz wykonawcy **S.H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe, ul. Twardowska 2, 63-220 Kotlin**

kwotę **13 850 zł 82 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt złotych i osiemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych (105738-2016) na „Wykonanie budynku biurowego Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Pleszewie z infrastrukturą towarzyszącą etap 1.2 wykonanie ścian fundamentowych, prace stanu surowego, dach – pokrycie i izolacja, stolarka okienna i drzwiowa, instalacje wod.-kan. sanitarne i deszczowe, gazu zewnętrzne, instalacje wod.-kan. sanitarne, gazu wewnętrzne, CO” (nr postępowania: PIW.AD.26.2.2016), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Powiatowy Inspektorat Weterynarii w Pleszewie (dalej „zamawiający”) wykonawca S.H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe, ul. Twardowska 2, 63-220 Kotlin (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na okoliczność, że jej treść jest niezgodna z ustawą z uwagi na fakt niedostarczenia przez odwołującego informacji, czy wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, podczas gdy przepis ten dotyczy wyłącznie przypadków złożenia oferty, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, a taki nie zachodzi po stronie odwołującego w niniejszym postępowaniu, w związku z czym odwołujący nie był obowiązany przedstawiać jakiegokolwiek „dodatkowej” informacji w tym względzie,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na okoliczność, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy odrzucenie oferty na tej podstawie może mieć miejsce wyłącznie w przypadkach jej merytorycznej niezgodności z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w treści SIWZ, a taki przypadek nie zachodzi po stronie odwołującego w niniejszym postępowaniu,
3. art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w przypadku, gdy zamawiający w toku badania ofert powziął wątpliwość co do powstania u niego ewentualnego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług,
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (gdyby zamawiający działał w zgodzie z przepisami prawa, musiałby uznać ofertę

odwołującego za bardziej korzystną niż oferta ZROBUD Marek Kędzia (ul. Zachodnia 8,63-322 Gołuchów).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ oferta złożona przez odwołującego była bardziej korzystna od ofert, które w ocenie zamawiającego nie podlegały odrzuceniu w postępowaniu. Dodał, że spośród wszystkich złożonych w ramach niniejszego postępowania ofert tylko jedna była bardziej korzystna od oferty odwołującego, została jednak odrzucona, co oznacza, że w przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została przez zamawiającego odrzucona, nie wnieśnie odwołania, które zostanie następnie uwzględnione, to właśnie oferta odwołującego będzie najbardziej korzystną spośród wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący podał, że jako podstawę odrzucenia jego oferty zamawiający wskazał, że wbrew zapisom pkt. XVI ppkt. 2 SIWZ („Zgodnie z 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, zobowiązany jest poinformować 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 przypadku braku takiej informacji Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 jako niezgodną z Pzp”) nie przedstawił informacji, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego (zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp).

Zwrócił uwagę, że zamawiający nie zawarł w dokumentacji postępowania żadnego formularza w tym zakresie.

Podniósł, że przepis art. 91 ust. 3a ustawy Pzp służy zapewnieniu przez zamawiającego przy ocenie ofert uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezależnie od sposobu rozliczenia należnego podatku od towarów i usług, czyli niezależnie od tego, kto jest podmiotem zobowiązanym do odprowadzenia tego podatku

Stanął na stanowisku, że z brzmienia ww. przepisu wynika jednoznacznie, że wykonawca, składając ofertę, jest zobowiązany poinformować 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, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług – w takim przypadku zamawiający, w celu oceny tejże oferty, dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z przepisami, a *contrario* zatem, w sytuacji gdy składana przez wykonawcę oferta, w razie jej wyboru, nie doprowadzi do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, wykonawca nie jest zobowiązany do przedstawiania jakiegokolwiek informacji w tym przedmiocie (powołał się na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 28 października 2015 r. sygn. akt KIO 2263/15).

Oświadczył, że wybór złożonej przez niego oferty nie prowadzi do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego. Wyjaśnił, że w ramach złożonej oferty występuje standardowa sytuacja, w której zobowiązanym do odprowadzenia podatku od towarów i usług jest wykonawca, co potwierdza formularz ofertowy, na którym wyszczególniono cenę netto, wartość podatku VAT oraz cenę brutto. Uzpełnił, że analogicznie Odwołujący uczynił to w poszczególnych kosztorysach ofertowych.

Podsumował, że winno nie budzić wątpliwości, że skoro odwołujący w ten właśnie sposób przygotował swoją ofertę i jednocześnie nie złożył informacji, o której stanowi art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, to nie był do tego obowiązany i okoliczności absolutnie nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z ustawą Pzp.

Odwołujący wskazał także, że na żadne wątpliwości nie pozwalają także stosowne przepisy ustawy o podatku od towarów i usług – sytuacja opisana w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp dotyczyć może bowiem następujących czynności (art. 17):

- wewnątrzspółnotowego nabycia towarów,
- wystąpienia mechanizmu odwróconego obciążenia,
- importu usług lub importu towarów, z którymi wiąże się obowiązek doliczenia przez zamawiającego przy porównywaniu cen ofertowych podatku VAT,

Stanął na stanowisku, że analiza przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, w tym w szczególności załącznika nr 11 prowadzi do wniosku, że oferta odwołującego, w razie jej wyboru, nie prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego.

W ocenie odwołującego bez znaczenia jest przy tym powoływanie się przez zamawiającego na zapisy SIWZ, zgodnie z którymi niezłożenie przez wykonawcę informacji, o której mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, bez względu na to, czy zachodzi sytuacja wskazana w tymże przepisie, czy też nie, miałoby prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – takie rozumienie przesłanek odrzucenia oferty nie znajduje żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach, bowiem art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty.

Uzupełnił, że zamawiający w niewłaściwy sposób zinterpretował normę płynącą z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, która nakazuje złożenie stosownej informacji wyłącznie w przypadku, gdy wybór danej oferty doprowadzi do powstania po stronie podmiotu zamawiającego obowiązku w zakresie podatku od towarów i usług, a nadto, że zamawiający nie poczynił żadnych starań, aby zweryfikować, czy rzeczywiście może wystąpić po jego stronie obowiązek podatkowy w związku z ofertą odwołującego. Zaznaczył, że zamawiający przemilczał fakt, że oferta odwołującego zawiera zarówno cenę netto, wartość podatku VAT oraz cenę netto.

Odnosnie do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że niezgodność, o której mowa w tym przepisie polega na tym, że oferta nie odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w SIWZ – oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji, a odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji.

Ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a *contrario* należy przyjąć – wywodził odwołujący – że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności jej formy z postanowieniami specyfikacji.

Zauważył, że nawet gdyby oferta odwołującego miała prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego, to biorąc pod uwagę okoliczność, że odwołujący sam doliczył stawkę podatku VAT (której prawidłowości zamawiający nie kwestionował), nie występuje w sprawie przesłanka odrzucenia oferty odwołującego na jakiegokolwiek podstawie.

Podkreślił, że zgodnie z ugruntowanym poglądem, właściwe ustalenie w ofercie przez wykonawcę stawki podatku VAT odnoszącej się do konkretnego świadczenia podlega weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego

–  
to podmiot zamawiający, odpowiedzialny za prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego, mając także na względzie porównywalność ofert złożonych w postępowaniu, w świetle regulacji ustawy Pzp, posiada uprawnienie i obowiązek jednocześnie do weryfikacji prawidłowości ustalenia ceny ofertowej przez wykonawcę pod kątem opisu sposobu obliczenia ceny sporządzonego przez zamawiającego w SIWZ i pod kątem definicji ustawowej pojęcia „cena” z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i oceny popełnienia ewentualnego błędu w obliczeniu ceny przez wykonawcę” (powołał się na wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2472/11, KIO 2483/11).

Wskazał, że zamawiający, wobec wątpliwości jakie natrafił w toku badania i oceny ofert w zakresie prawidłowości wskazanych w nich stawek VAT, winien skorzystać z możliwości jakie daje mu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego jednak zaniechał.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 4 czerwca 2016 r., Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 3 czerwca 2016 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby, w przeciwieństwie do stanowiska zamawiającego zaprezentowanego w Odpowiedzi na odwołanie, uznał, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający, w zestawieniu tabelarycznym, zaprezentował ranking ofert (z uwzględnieniem oferty innego wykonawcy, którego oferta została odrzucona z tego samego powodu co oferta odwołującego), wykazując, że oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na drugim miejscu.

Zamawiający pominął jednak, że ponowna ocena ofert w następstwie uwzględnienia odwołania, da odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia, ponieważ oferta sklasyfikowana w symulacji zamawiającego na miejscu pierwszym może, w wyniku ponowienia badania i oceny ofert, zostać oceniona inaczej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na okoliczność, że jej treść jest niezgodna z ustawą z uwagi na fakt niedostarczenia przez odwołującego informacji, czy wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt. XVI ppkt. 2 SIWZ zamawiający podał: „Zgodnie z 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, zobowiązany jest poinformować 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 przypadku braku takiej informacji Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 jako niezgodną z Pzp”).

W Formularzu ofertowym odwołujący oświadczył, że oferuje wykonanie prac objętych przetargiem za cenę ryczałtową 647 665,21 zł netto, 796 628,22 zł brutto, uwzględniającą podatek VAT w wysokości 148 963,01zł.

W złożonej ofercie – co nie było sporne – odwołujący nie złożył ani oświadczenia o tym, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, ani oświadczenia o tym, że wybór jego oferty nie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego.

Pismem z dnia 25 maja 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego oraz dwóch innych wykonawców o odrzuceniu ich ofert, uzasadniając swoją decyzję w następujący sposób: „Wykonawcy, składając ofertę nie załączyli do niej informacji czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, przez co ich oferty są niezgodne z ustawą. Podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż mimo wyraźnej instrukcji zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (patrz s. 10, pkt XVI SIWZ), do oferty nie załączono informacji czy wybór będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp”.



Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z 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”.

Skład orzekający Izby za własną uznał wykładnię art. 91 ust. 3a ustawy Pzp przyjętą przez Izbę w wyroku z dnia 28 października 2015 r. sygn. akt KIO 2263/15: „(...) wykładnia art. 91 ust. 3a ustawy 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, której wybór prowadziłby do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Wniosek taki należy wyprowadzić dokonując wykładni całości przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Zdaniem Izby ustalenie normy prawnej znajdującej zastosowanie w analizowanej sprawie nie może nastąpić wyłącznie w oparciu o analizę zdania drugiego art. 91 ust. 3a Pzp z pominięciem treści zdania 1. (...) przepis art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp wyraźnie nawiązuje do zd. 1, choćby w ten sposób, że odczytywany samodzielnie nie precyzuje o jaki obowiązek podatkowy w jakim podatku chodzi. Dopiero łączna analiza obydwu zdań prowadzi do wniosku, że chodzi o obowiązek podatkowy w podatku od towarów i usług. Powyższe musiało prowadzić do wniosku, iż ustalenie normy prawnej wymaga dokonania analizy całości przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Jak wynika ze zdania 1, hipoteza tego przepisu dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wybór oferty wykonawcy prowadzi do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT u zamawiającego. Ustawodawca użył bowiem słów „jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług ...”. Zatem obowiązek informacyjny, o którym mowa w zd. 2 dotyczy również takiej sytuacji”.

Tożsame stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2794/15.

Skład orzekający Izby zauważa, że obowiązek złożenia przez wykonawcę informacji niezależnie od tego, czy jego oferta prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, gdyby taki był cel ustawodawcy, zostałby uregulowany w sposób analogiczny, jak w przypadku przepisu art. 26 ust. 2d ustawy Pzp („Wykonawca, wraz z (...) ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej (...) albo informacje o tym, że nie

*należy do grupy kapitałowe”), przyjmując przykładowo brzmienie: „Wykonawca, wraz z ofertą składa informację, że wybór jego oferty prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku albo informację o tym, że wybór jego oferty nie prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług”.*

Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, że wywiązanie się przez wykonawcę, który składa ofertę, której wybór nie prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, z obowiązku wskazania nazwy (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku, jest w takiej sytuacji – z oczywistych względów – niemożliwe.

Podkreślić także należy, że zamawiający nie twierdził, że wybór oferty odwołującego prowadziłby do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego w podatku VAT.

Skład orzekający Izby wskazuje, że wyrok na który powołał się zamawiający w swoim pisemnym stanowisku (wyrok z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2422/15) zapadł w odmiennym stanie faktycznym, tj. dotyczył wykonawcy, wybór oferty którego prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego w podatku VAT.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na okoliczność, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ potwierdził się.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z tego względu, że „*mimo wyraźnej instrukcji zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (patrz s. 10, pkt XVI SIWZ), do oferty nie załączono informacji czy wybór będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp*”.

Jak wskazano powyżej, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wykładania art. 91 ust. 3a ustawy 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, której wybór prowadziłby do powstania takiego obowiązku u zamawiającego.

Odrzucenie zatem oferty, której wybór nie prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego z tego względu, że składający ją wykonawca nie złożył informacji o tym właśnie, że wybór jego oferty nie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego jest sprzeczne z ustawą Pzp i taką czynność zamawiającego należy uznać za nieważną (art. 58 k.c.).

Uznanie zasadności odrzucenia oferty odwołującego stanowiłoby akceptację niedopuszczalnego rozszerzenia zamkniętego katalogu ustawowych przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy, wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Postanowienie pkt. XVI ppkt. 2 SIWZ nie może wywołać skutku w postaci odrzucenia oferty odwołującego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w przypadku, gdy zamawiający w toku badania ofert powziął wątpliwość co do powstania u niego ewentualnego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług nie potwierdził się.

Odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający nie twierdził, że wybór oferty odwołującego prowadziłby do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego w podatku VAT. Nie twierdził także, że wartość podatku VAT wskazana w Formularzu ofertowym odwołującego została obliczona z zastosowaniem błędnej stawki podatku VAT.

Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu wskazał: „(...) Zamawiający, wobec wątpliwości jakie natrafił w toku badania i oceny ofert w zakresie prawidłowości wskazanych w nich stawek VAT, winien skorzystać z możliwości jakie daje mu art. 87 ust. 1 Ustawy, czego jednak zaniechał”.

Odwołujący nie wskazał jednak żadnych okoliczności, pozwalających stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu w toku badania i oceny ofert zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie prawidłowości wskazanych w ofertach stawek VAT, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że przypisanie zamawiającemu jakiegokolwiek zaniechania w tym zakresie jest niezasadne.

W Odpowiedzi na odwołanie (str. 6) zamawiający stwierdził, że „*wyjaśnieniu podlegają niejasności a nie brak*”, co było związane z tym, iż błędnie przyjął (o czym była mowa powyżej), że obowiązkiem odwołującego było złożenie informacji o tym, że wybór jego oferty nie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zamawiający.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Zarzut ten, wobec enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 1-4 ustawy Pzp w tzw. postępowaniach podprogowych (jak przedmiotowe) czynności, wobec których przysługuje wykonawcy odwołanie, wśród których brak jest czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji, nakazując zamawiającemu – w konsekwencji uznania, że odrzucenie oferty odwołującego było bezpodstawne – unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert.

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

**Przewodniczący:** .....