

WYROK
z dnia 6 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **E.E. Sp. z o.o., S.K.A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **I.B. Sp. z o.o., (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża E.E. Sp. z o.o., S.K.A., (...) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **E.E. Sp. z o.o., S.K.A., (...)**, 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 – Skarb Państwa - Komenda Główna Policji, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zakup 740 szt. terminali mobilnych stanowiących wyposażenie pojazdów służby ruchu drogowego*”.

Dnia 17 sierpnia 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 sierpnia 2017 roku wykonawca E.E. Sp. z o.o., S.K.A. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności tj. odrzucenia oferty spółki I.B. sp. z o. o. w N. pomimo, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, a jej treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z.,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na przeprowadzeniu niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, spółką I.B. sp. z o. o. w N. w wyniku czego doszło do zmiany ceny wskazanej przez tego wykonawcę w ofercie,
- 3) czynności zamawiającego polegającej na zmianie oferty wykonawcy, spółki I.B. sp. z o. o. w N. w trybie nieznanym ustawie Pzp,
- 4) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny innych, niż określone w s.i.w.z.,
- 5) czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty spółki I.B. sp. z o. o. w N. pomimo, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na błędy w obliczeniu ceny oraz niezgodność jej treści z treścią s.i.w.z.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez jego błędne niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N., pomimo iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez jego błędne niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N., pomimo iż w zakresie podania ceny jest ona niezgodna z treścią s.i.w.z.
3. Art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez jego błędne niezastosowanie i potraktowanie wykonawców w sposób nierówny, co znalazło wyraz w:
 - a) posłużeniu się przy ocenie oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N. inną metodą oceny niż wskazana w punkcie XIV w zw. z punktem XIII s.i.w.z.
 - b) zaniechaniu odrzucenia oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N. pomimo, iż podlegała ona odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 i pkt 2 Pzp.

4. Art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez jego błędne niezastosowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą przejrzystości, co znalazło wyraz w zmianie stanowiska zamawiającego odnośnie ceny podanej w ofercie spółki I.B. sp. z o.o. w N. bez żadnego uzasadnienia.
5. Art. 91 ust 1 Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i dokonanie oceny oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N. na podstawie kryteriów niezgodnych ze wskazanymi w punkcie XIV s.i.w.z.
6. Art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez jego błędne niezastosowanie wyrażające się w:
 - a) przeprowadzeniu niedozwolonych negocjacji ze spółką I.B. sp. z o.o. w N., w efekcie których doszło do obniżenia ceny podanej w ofercie tego wykonawcy,
 - b) poprawieniu oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N. w trybie nieznanym ustawie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i odrzucenia oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N.,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp, oferta spółki I.B. sp. z o.o. w N. nie została odrzucona, a nadto została wybrana jako najkorzystniejsza. Gdyby zaś zamawiający postąpił zgodnie z przepisami prawa, musiałby on odrzucić ofertę spółki I.B. sp. z o.o. w N., co doprowadziłoby do sytuacji w której najkorzystniejszą ofertą byłaby oferta odwołującego. Co więcej, nawet gdyby uznać, iż zamawiający nie powinien był odrzucić oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N., lecz jedynie wziąć pod uwagę przy ocenie ofert podaną przez spółkę łączną cenę oferty brutto i doliczyć do niej stosowny podatek, to i tak najkorzystniejszą ofertą byłaby oferta odwołującego.

Z uwagi na powyższe należy uznać, iż odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania wyrażający się w bezpośredniej szansie pozyskania zamówienia i osiągnięciu korzyści ekonomicznych w wypadku jego uwzględnienia.

Odwołujący wskazał, iż wobec wyjaśnień złożonych przez spółkę I.B. sp. z o.o. w dniu 26 czerwca 2017 roku, należy uznać, że cena oferty została przez tego wykonawcę błędnie obliczona. Doliczono bowiem do niej podatek VAT, podczas gdy wartością brutto (w przypadku części oferty objętej odwróconym podatkiem VAT) powinna być kwota bez

tego podatku. Oferta spółki I.B. sp. z o.o. w N. zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na błędnym doliczeniu do ceny części oferty objętej odwróconym podatkiem VAT tegoż podatku, podczas gdy podana kwota brutto dla tej części oferty powinna wskazywać wartość bez kwoty podatku.

Jednocześnie, uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp odwołujący zaznaczył, iż jak wskazano powyżej wyjaśnienia złożone przez spółkę I.B. sp. z o.o. w N. dnia 26 czerwca 2017 roku wskazują, iż treść złożonej przez nią oferty jest sprzeczna z treścią s.i.w.z. Wbrew bowiem treści punktu XIII ust. 2, podana w ofercie wartość oferty brutto nie obejmuje jedynie opłat należnych wykonawcy z tytułu wykonania umowy, ale również podatek VAT.

Nierówne traktowanie wykonawców znalazło swój wyraz w fakcie, iż ocena oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N. dokonana została w sposób odmienny od metody oceny innych ofert, tj. w sposób nieprzewidziany w pkt XIII i XIV s.i.w.z. Jak bowiem wynika z punktu XIV, przy ocenie oferty zamawiający miał wziąć pod uwagę podaną w ofercie cenę oferty brutto. Do ceny tej, zgodnie z postanowieniami pkt XIII miał on doliczyć podatek VAT, w części objętej odwróconym podatkiem VAT.

Zgodnie z tym schematem, oferta spółki E.E. sp. z o.o. S.K.A. została oceniona w ten sposób, iż oceniając cenę oferty zamawiający wziął pod uwagę podaną przez tego wykonawcę cenę oferty brutto i doliczył do niej podatek VAT w części zamówienia objętej odwróconym podatkiem VAT. Postępowanie takie jest zgodne z pkt XIII i XIV s.i.w.z. oraz z art. 91 ust. 3a Pzp. Oferta spółki I.B. sp. z o.o. w N. dokonana została zaś w ten sposób, iż zamawiający do podanej przez tego wykonawcę ceny brutto nie doliczył podatku VAT, pomimo iż w ofercie tego wykonawcy znalazło się oświadczenie, iż wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego. Zamawiający, po przeprowadzeniu z tymże wykonawcą negocjacji, przystał na jego propozycję wyrażoną w piśmie z dnia 26 czerwca 2017 roku i do oceny jego oferty posłużył się kwotą wskazaną jako wartość netto części zamówienia objętej odwróconym podatkiem VAT, pomimo iż zgodnie z s.i.w.z. to wartość brutto obejmuje wszelkie opłaty należne wykonawcy. W ten sposób wartość tej części oferty spółki I.B. sp. z o.o. w N. została obniżona z kwoty 4 199 655,27 zł do kwoty 3 414 353,88 zł tj. o 18,7%.

W niniejszym postępowaniu doszło do niedozwolonych negocjacji i akceptacji przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę, spółkę I.B. sp. z o.o. w N. w piśmie z dnia 26 czerwca 2017 roku. Pismo to zawierało jednak nie jedną, a dwie propozycje. Wykonawca ten nie tylko bowiem zaproponował zamawiającemu zastosowanie do oceny oferty podanej w niej wartości netto w zakresie części zamówienia objętej odwróconym podatkiem VAT, ale również zaproponował zastosowanie tożsamego mechanizmu w

odniesieniu do części zamówienia oznaczonej przez niego jako nieobjęta odwróconym podatkiem VAT.

Oceniając ofertę spółki I.B. sp. z o.o. w N. zamawiający wziął pod uwagę nie cenę brutto oferty, lecz jej cenę netto. Prowadziło to do efektywnego obniżenia ceny części oferty objętej odwróconym podatkiem VAT z kwoty 4 199 655,27 zł do kwoty 3 414 353,88 zł, tj. o 18,7%. Analizując powyższą sytuację nie sposób postępowania zamawiającego uznać za prawidłowe. Skoro bowiem raz sformułował on w s.i.w.z. kryteria oceny oferty i podał jakie wartości w niej zawarte zostaną poddane ocenie, to dokonując tej oceny nie może on dowolnie wybierać interesujących go wartości z tejże oferty, ignorując te które wcześniej sam wskazał jako podlegające ocenie.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Na wstępie Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył zasady określonej przepisem art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, albowiem rzeczone postępowanie jest prowadzone z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający, w ocenie Izby, nie ukrywał żadnych faktów ani okoliczności i kierował się wyłącznie

opracowanymi przez siebie wytycznymi opisanymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie zamawiającego jest jasne i czytelne i nie budzi żadnych wątpliwości.

Zdaniem Izby, nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający nie prowadził żadnych negocjacji z przystępującym, jak też nie dokonywał żadnych poprawek w treści oferty przystępującego. Okolicznością bezsporną jest, że w postępowaniu przystępujący z własnej inicjatywy złożył pismo, w którym odnosił się do informacji jaką przekazał zamawiający z otwarcia ofert. Pismo przystępującego w żaden sposób nie kreowało i nie mogło kreować żadnej nowej treści oferty przystępującego, a jedynie wyrażało pogląd przystępującego w jaki sposób należy odczytywać cenę przedstawioną w ofercie. Zamawiający w sposób prawidłowy nie odniósł się do tego pisma, albowiem bezpośrednio z treści oferty wynikały okoliczności, do których odnosił się przystępujący w swoim piśmie. Dlatego też zarzut odwołującego w tej części jest całkowicie bezzasadny.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem, w ocenie Izby, zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie podlegała odrzuceniu ani na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, ani też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, postawione zostały jedynie w oparciu o luźną i dowolną interpretację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do jasnej i jednoznacznej treści oferty przystępującego.

Z oferty przystępującego wynika bowiem precyzyjnie, jak część zamówienia podlega tzw. odwróconemu VAT, została podana stawka podatku VAT wraz z wyliczeniem jej wysokości, jaka będzie obowiązywała zamawiającego oraz wyliczona została wartość brutto tej pozycji zamówienia. Nadto przystępujący złożył oświadczenie do oferty, że taka procedura będzie miała miejsce oraz podał w jakim zakresie zamówienia będzie ona znajdowała zastosowanie. Zamawiający w sposób prawidłowy przyjął powyższe wartości oraz co ma również znaczenie, do porównania ofert przyjął wartość brutto wskazanej pozycji, co miało znaczenie dla równego traktowania wszystkich wykonawców. Okoliczność, iż przystępujący wypełniając tabelę w sposób opisany przez zamawiającego, wzbudził wątpliwości i zastrzeżenia odwołującego pozostawać może tylko w sferze tychże wątpliwości i zastrzeżeń. Z całą pewnością sposób wypełnienia tabeli przez przystępującego nie stanowi o sprzeczności treści jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto nawet jeżeli (z czym Izba się nie zgadza), wszelkie rozbieżności, czy nieścisłości treści oferty wynikające z rozbieżności treści s.i.w.z. nie mogą negatywnie wpływać na

danego wykonawcę. Powyższe stanowisko wielokrotnie zostało już potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądów Okręgowych.

W ocenie Izby, oferta przystępującego została sporządzona w sposób jasny i czytelny, a treści z niej wynikające dają się wprost z niej wywieść. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający miał możliwość ustalić i ustalił, jaka jest wartość pozycji dotyczącej odwróconego podatku VAT, miał również wiedzę jakie poniesie ostateczne koszty tego zamówienia, znał również wysokość podatku VAT, które będzie zobligowany odprowadzić. Ostatecznie był również w posiadaniu wiedzy, jaką wartość należy przyjąć do porównania ofert.

Tym samym całokształt okoliczności ustalonych w niniejszym postępowaniu nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania.

Dlatego też, biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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: