

WYROK

z dnia 26 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: IMMITIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialności** z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Dworcowej 83 (85-009 Bydgoszcz), **KTK-Tech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie przy ul. Odlewniczej 7 (03-231 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych**, Al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy – T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Marynarskiej 12 (02-674 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 **Oddala odwołanie.**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz KTK-Tech Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz KTK-Tech Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz KTK-Tech Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – Państwowego Funduszu Osób Niepełnosprawnych w Warszawie

kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. 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 prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie na *dostawę urządzeń mobilnych* (nr sprawy: ZP/27/18), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.07.2018 r., nr 2018/S 133-302398, wobec czynności polegających na wezwaniu do wyjaśnień i poprawienia na ich podstawie treści oferty T-Mobile Polska S.A., zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz KTK-Tech Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący lub Konsorcjum), wnieśli w dniu 5 października 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2041/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Pzp:

- 1) art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez nadużycie, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, instytucji wyjaśnień treści oferty celem zmiany jednoznacznego w swej treści i niebudzącego wątpliwości nieprawdziwego oświadczenia Wykonawcy;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez nadużycie przedmiotowej instytucji, naruszenie reguł uczciwej konkurencji i poprawienie oferty Wykonawcy T-Mobile w zakresie niestanowiącym omyłki oraz zastosowanie tego przepisu pomimo, iż poprawienie treści stanowiło istotną zmianę oferty (zmiana dotyczyła ceny oferty), a błąd w ofercie nie stanowi „omyłki” lecz wadę, nie polegająca przy tym na niezgodności treści oferty z siwz, lecz wynikająca z rażącego niedbalstwa Wykonawcy;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez niewykluczenie z udziału w postępowaniu Wykonawcy T-Mobile pomimo złożenia przez niego oczywiście nieprawdziwego oświadczenia, na skutek co najmniej rażącego niedbalstwa, przy czym treść tego oświadczenia mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w toku postępowania, w szczególności- w zakresie sposobu porównania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy T-Mobile pomimo, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na wezwaniu Wykonawcy T-Mobile Polska S.A do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz sprostowaniu omyłki w ofercie tego Wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nakazanie wykluczenia Wykonawcy T-

Mobile Polska S.A z postępowania, a w przypadku nie podzielenia zarzutu z pkt 3, nakazanie odrzucenia jego oferty.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

W ocenie Odwołującego, w ofercie T-Mobile podano nieprawdziwe informacje dotyczące powstania obowiązku podatkowego w przypadku wyboru tej oferty, w dalszej kolejności zawiera błędy w obliczeniu ceny, poprzez wskazanie, iż właściwą stawką podatku VAT dla dostawy urządzeń mobilnych w postaci tabletów jest stawka 23% (powinno być RC/odwrotne obciążenie), obliczenie przedmiotowego podatku oraz ujęcie go w ofercie jako składnika ceny brutto (błąd w obliczeniu ceny).

W wyniku prowadzonych wyjaśnień nie mogło dojść do korekty złożonego jednoznacznie i niewątpliwego oświadczenia, a Zamawiający mógł jedynie na tej podstawie podjąć decyzję o zaakceptowaniu lub odrzuceniu oferty. Zamawiający nadużył instytucji, która powinna służyć wyjaśnieniu niejasności treści oferty, a nie jej doprecyzowaniu. Skoro wyjaśnienia potwierdziły, iż oświadczenie Wykonawcy nie było prawdziwe, jego oferta podlegała odrzuceniu, ewentualnie wcześniejszemu wykluczeniu.

Ponieważ Zamawiający dokonał poprawienia wyłącznie kalkulacji cenowej, pozostawiając niezmienione oświadczenie w formularzu oferty, doprowadziło to do wewnętrznej sprzeczności oferty. W ocenie Odwołującego nie zachodziły przesłanki przewidziane przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp umożliwiające poprawienie treści oferty. Niezgodność oświadczenia była wynikiem błędu, który nie stanowił „omyłki” i leżał w warstwie decyzyjnej co do określonej treści, za pewne wynikającego z niezachowania należytej staranności przy ustaleniu okoliczności z tym związanych, co najmniej niedbalstwa. Ponieważ działanie Wykonawcy było konsekwentne, nie można przyjąć, iż doszło do omyłki, a oświadczenie złożone zostało świadomie, co doprowadziło do popełnienia błędu przy konstruowaniu treści oferty. Bez wyjaśnień Zamawiający nie mógł skorygować błędu Wykonawcy, co prowadziło do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponadto, wada ta nie stanowiła niezgodności oferty z siwz, z której zapisów nie wynikało, czy do transakcji znajdzie zastosowanie mechanizm odwrotnego obciążenia. Dla zaistnienia podstawy mechanizmu odwróconego nie wystarczają same informacje dotyczące statusu Zamawiającego i konieczne są również informacje dotyczące Wykonawcy. Z niezgodnością oferty z siwz wystąpiłaby jedynie w przypadku omyłki dotyczącej treści siwz, nie zaś okoliczności ustalanych przez samego wykonawcę, pozostających poza treścią siwz. Skoro możliwe było złożenie oferty niepowodującej powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, pierwotna treść oferty mogła być prawidłowa w zależności od leżących po stronie Wykonawcy okoliczności podmiotowych. W takiej sytuacji nie mamy do czynienia z niezgodnością oferty z siwz, a z

błędem Wykonawcy niepodlegającym poprawieniu w tym trybie. Zmiana korygująca jednoznaczne oświadczenie nie może stanowić zmiany nieistotnej, a tym samym nie mieściła się w granicach wyznaczonych przez art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Z uwagi na podane nieprawdziwe informacje Wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a oferta odrzuceniu stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Informacje podane prawidłowo umożliwiły by wykonanie obowiązku nałożonego na Zamawiającego przez przepis art. 91 ust. 3a Pzp oraz prawidłową ocenę ofert i wybór oferty. Zamawiający nie był uprawniony do określenia zamiast Wykonawcy, czy prawidłową ceną wskazaną w ofercie jest cena netto czy też brutto. To zaś rodzi skutek w postaci braku możliwości wyboru spornej oferty.

W ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż zawierała błąd w obliczeniu ceny, za jaki uważa się wskazanie błędnej stawki podatku VAT, co uniemożliwia porównanie takiej oferty z innymi. W ocenie Odwołującego taki błąd został popełniony, gdyż Wykonawca T-Mobile powinien wskazać na zastosowanie mechanizmu odwrotnego obciążenia, a cenę brutto w poz. 1 powinien określić jako równowartość ceny netto.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca T-Mobile. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron podtrzymał w całości odwołanie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Badanie formalne odwołania nie wykazało podstaw do odrzucenia, co skutkowało jego rozpoznaniem w pełnym zakresie na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Przystępujący po stronie Zamawiającego w piśmie procesowym kwestionował istnienie interesu po stronie

Odwołującego, gdyż przedmiotem zarzutu objęta została czynność oceny oferty T-Mobile, która na moment wniesienia odwołania nie została zakończona, co czynić miało podniesione zarzuty przedwcześnie. Zamawiający dopiero po wniesieniu odwołania zakończył i poinformował wykonawców o wyniku oceny ofert i wskazał na najkorzystniejszą ofertę T-Mobile. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa Ustawy. Zgodnie z tą procedurą Zamawiający najpierw oceniał oferty merytorycznie w celu ustalenia rankingu ofert, który pozwolił wskazać ofertę najwyżej ocenioną i wobec tego wykonawcy (T-Mobile) dokonał sprawdzenia, czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Odwołujący wniósł odwołanie na czynności związane z badaniem oferty T-Mobile – wyjaśnieniem jej treści i poprawieniem omyłki wynikającej z oświadczenia złożonego w formularzu oferty, pkt II.5 – *iz wybór oferty nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego*. Zamawiający informację o poprawieniu omyłki na formularzu cenowym na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, przesłał Odwołującemu skutecznie w dniu 28.09.2018 r. (zawiadomienie z dnia 25.09.2018r.).

W świetle przedstawionych okoliczności Izba uznała, iż stanowiąca przedmiot zarzutów czynność badania oferty T-Mobile, mogła naruszać interes Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, gdyż konsekwencją dokonanej korekty treści oferty było przyjęcie jej do dalszej oceny, co w konsekwencji doprowadziło do wskazania jej jako najkorzystniejszej (czynność podjęta już po wniesieniu odwołania, na którą Odwołujący złożył kolejne odwołanie). Chociaż faktycznie zawiadomienie o poprawieniu oferty nie stanowiło o zakończeniu badania i oceny ofert, to w okolicznościach niniejszej sprawy, w tym przyjęcia procedury z art. 24aa Ustawy, oznaczało, iż etap związany z oceną ofert prowadził do ustalenia rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu. Ostrożny wykonawca mógł przyjąć, iż informacja o poprawieniu treści oferty Wykonawcy T-Mobile oznacza, iż nie podlega ona odrzuceniu i faktycznie taka sytuacja wystąpiła. Fakt, iż Wykonawca zdecydował się już wówczas reagować na czynności podjęte w postępowaniu, które zaowocowały korektą treści oferty konkurencyjnej (zmniejszeniem ceny), może co najwyżej oznaczać, iż część zarzutów (w szczególności zaniechania wykluczenia z postępowania) mogła okazać się przedwczesna. Nie oznacza to jednak, iż Wykonawca traci interes w uzyskaniu zamówienia w trakcie trwania procedury oceny ofert, kiedy środki prawne pozwalają na korektę czynności podjętych w postępowaniu. Na takim etapie nie można kwestionować prawa Wykonawcy do wniesienia odwołania. Tym samym Izba uznała, iż okoliczności podniesione w podstawie zarzutów, mające dalsze konsekwencje dla badanej oferty wskazują, iż możliwym stało się złożenie odwołania, którego żądania zmierzały do uchylecia skutków decyzji o poprawieniu treści oferty. Można na marginesie wskazać, że jedynie brak zgody wykonawcy na poprawienie omyłki miałby skutek w postaci odrzucenia jego oferty. Ostrożny wykonawca

może zatem podejmować kroki, które uniemożliwiłyby nadanie odmiennej treści oferty i jej przyjęcie do dalszej weryfikacji pod kątem spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty T-Mobile, złożonych dowodów z dokumentacji postępowania oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia obejmuje między innymi sprzedaż i dostawę 1.000 sztuk urządzeń mobilnych – tabletów, ujętych w pozycji nr 1 formularza cenowego (załącznika 2a do siwz). W przypisie nr 2 zamieszczonym we wzorze Zamawiający wskazał, że *w sytuacji, gdy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, podatek VAT wynikający z pozycji: 1 Formularza Cenowego zapłaci Zamawiający. Zamawiający informuje, że w ramach jednolitej transakcji gospodarczej wartość nabytych towarów, bez kwoty podatku, przekroczy kwotę 20.000 zł. Zamawiający informuje, że jest płatnikiem podatku VAT.*

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 8 do siwz, w § 5 ust. 1 przy wskazaniu na wysokość wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotu umowy zawarto zastrzeżenie, iż podatek wynikający z pozycji 1 formularza cenowego zapłaci Zamawiający w związku z art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Zamawiający w treści formularza ofertowego (załącznik nr 2 do siwz) przewidział konieczność złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp, bądź oświadczenia, że wybór oferty nie będzie powodował powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego w podatku od towarów i usług (VAT) – pkt 5 oświadczenia.

W ofercie Wykonawca T-Mobile Polska S.A. (T-Mobile) w pozycji 1 formularza cenowego wskazał wartość netto tabletów (1.440.000,00 zł), właściwą stawkę podatku VAT (23%) oraz wartość podatku VAT (331.200,00 zł) oraz cenę brutto (1.771.200,00 zł), którą doliczył do wartości (ceny) brutto całej oferty (2.413.988,00 zł). Cenę oferty Wykonawca przeniósł do formularza oferty (rozdział II pkt 1) oraz wskazał, iż realizacja zamówienia nie będzie powodować powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego.

Pismem z dnia 5.09.2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oczekując odpowiedzi na pytanie, na jakiej podstawie Wykonawca, składając oświadczenie w pkt 5 formularza ofertowego oraz dokonując kalkulacji ceny oferty, uznał, iż wybór jego oferty nie będzie powodować powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego.

W odpowiedzi z dnia 7.09.2018 r. T-Mobile wyjaśnił, iż oświadczenie zawarte w pkt 5 formularza oferty to złożył omyłkowo, gdyż dostawa tabletów spełniać będzie przesłanki określone w ustawie o VAT. Wartość towarów, których dostawa będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego to 1.440.000,00 zł. netto. Wykonawca omyłkowo wskazał wartość netto powiększoną o kwotę podatku VAT. W związku z tym, w celu porównania ofert nie ma konieczności doliczania do niej podatku VAT. Wykonawca przywołał kilka orzeczeń KIO, w których wskazano, iż określony w przepisie art. 91 ust. 3a Ustawy obowiązek informacyjny nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Niezgodność dotycząca informacji o powstaniu bądź nie po stronie zamawiającego obowiązku odprowadzenia podatku, jako formalna, a nie merytoryczna, została jednocześnie zakwalifikowana do nieistotnej omyki podlegającej poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 12.09.2018 r. poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp cenę oferty brutto (rozdział II, pkt 1 formularza oferty) z 2.413.988,00 zł na 2.082.798,00 zł i wezwał Wykonawcę do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki. Zamawiający nie dokonał korekty oświadczenia w pkt 5 formularza oferty.

Pismem z dnia 13.08.2018 r. T-Mobile wyraził zgodę na poprawienie omyłki w sposób wskazany przez Zamawiającego w zawiadomieniu.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), ofertę T-Mobile oraz wyjaśnienia dotyczące oświadczenia złożonego w ofercie i wyceny pozycji 1.

Na podstawie zebranego materiału Izba uznała, iż zarzuty formułowane wobec czynności poprawienia treści oferty T-Mobile, poprzedzonej wyjaśnieniami złożonymi przez tego Wykonawcę w trybie art. 87 ust 1 Ustawy, nie potwierdziły się. Zasadniczo wszystkie wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów Ustawy związane są z kwalifikacją prawną działania Zamawiającego polegającego na poprawieniu ceny oferty brutto, przez jej zmniejszenie o wartość wskazanego pierwotnie w pozycji 1 formularza cenowego podatku VAT 23 %.

Odwołujący formułując zarzut naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 Ustawy, art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, faktycznie kwestionował dopuszczalność dokonania zmiany oświadczenia wykonawcy dotyczącego braku powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego wynikającego z przepisów ustawy o VAT, którego efektem było doliczenie w

odpowiedniej kolumnie formularza cenowego (nr 9) do wartości netto poz. 1 kwoty podatku VAT. Nie budziło sporu ustalenie, że w zapisach siwz Zamawiający w rozdziale XVII, pkt 10 nałożył na wykonawcę obowiązek poinformowania w ofercie, czy wybór jego oferty prowadzić będzie 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. Na skutek wyjaśnień Wykonawcy, w których ten przyznał się do błędu, Zamawiający dokonał korekty wartości brutto oferty (odliczając kwotę podatku VAT wskazaną dla poz. 1 formularza cenowego), bez korekty oświadczenia wskazanego w formularzu oferty, pkt II.5.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż działanie polegające na wyjaśnieniu treści oferty było uprawnione i miało na celu ustalenie, czy występują podstawy do odmiennego sposobu rozliczenia podatku VAT, niż wskazany w treści siwz. Samo zwrócenie się do Wykonawcy z pytaniem nie mogło czynić szkody w postępowaniu, a jedynym skutkiem odpowiedzi było przyznanie się do błędu popełnionego przy sporządzaniu oferty, w tym prezentowanej wycenie pozycji nr 1. Dopiero decyzją Zamawiającego co do oceny konsekwencji omyłki Wykonawcy prowadziła do korekty treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Odwołujący prezentował odmienną ocenę stanu faktycznego wskazując, iż błąd w ofercie nie stanowił „omyłki” lecz wadę, nie polegającą przy tym na niezgodności treści oferty z siwz, lecz wynikającą z rażącego niedbalstwa Wykonawcy. W jego ocenie działanie Wykonawcy było przemyślane i konsekwentne, gdyż zgodnie z oświadczeniem dotyczącym obowiązku podatkowego doliczył do ceny pozycji nr 1 kwotę podatku VAT 23%.

Oddalając odwołanie w tej części Izba miała na uwadze, iż poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy podlegała kalkulacja ceny oferty brutto, będąca skutkiem przyznania się do błędu w ocenie podstawy istnienia obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego. Skutkiem błędu było wskazanie stawki i kwoty podatku VAT dla pozycji nr 1 oraz uwzględnienie w wartości brutto całej oferty. Zgodnie natomiast z zapisami siwz Wykonawca powinien był wskazać wartość dostawy tabletek bez kwoty podatku VAT i z tymi zapisami siwz oferta była niezgodna. Istotnym dla oceny wypełnienia przesłanek z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy było stwierdzenie, że oświadczenie zawarte w formularzu oferty nie miało charakteru prawnie-kształtującego, a jedynie wypełniało obowiązek informacyjny Wykonawcy umożliwiając Zamawiającemu prawidłowe przeprowadzenie porównania ofert złożonych w postępowaniu. Faktycznie korekta dokonana przez Zamawiającego nie miała konsekwencji merytorycznych, gdyż na potrzeby porównania ofert Zamawiający następnie doliczył wartość podatku za dostawę pozycji nr 1 formularza cenowego. Zabieg polegający na pomniejszeniu ceny oferty brutto miał na celu prawidłowe rozbięcie wynagrodzenia należnego wykonawcy, jakie zostanie ujęte w umowie na realizację przedmiotu zamówienia. Zmiana, jakiej dokonał

Zamawiający nie ingerowała w treść zobowiązania Wykonawcy, w szczególności nie zmieniała zakresu świadczenia, czy też jego wyceny, której podstawą pozostawała niezmienna cena jednostkowa. Stąd tezy jakie formułował Odwołujący o istotnej zmianie treści oferty nie miały uzasadnienia prawnego. Zamawiający prawidłowo uznał, iż właściwym będzie wystąpienie o wyjaśnienie treści oferty, co umożliwiło prawidłowe porównanie ofert oraz rozwianie wątpliwości, jakie powodowało oświadczenie Wykonawcy. Złożone oświadczenia czyniły zasadnym dokonanie korekty samej wartości brutto oferty bez zmiany oświadczenia złożonego w formularzu oferty. Istotnym bowiem było skorygowanie wartości, jaka zostanie przyjęta w umowie o wykonanie zamówienia, w której wskazane zostało, iż to Zamawiający zobowiązany będzie do odprowadzenia części podatku od dostawy.

Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów Izba uznała, iż wskazanie na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 Ustawy, jako przedwczesny nie mógł prowadzić do uwzględnienia odwołania. Należy bowiem mieć uwadze, iż postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury odwróconej, w której o podstawach wykluczenia z postępowania Zamawiający rozstrzyga dopiero po zakończeniu oceny merytorycznej ofert. Wykonawca zdecydowała się na wniesienie odwołania już na podstawie samej informacji o korekcie treści oferty, która nie obejmowała oświadczenia, co do którego zgodności ze stanem faktycznym i prawnym Odwołujący formułował zarzut podania nieprawdziwej informacji. Faktycznie zarzut ten w ocenie Izby miał na celu poszerzenie kwalifikacji działania polegającego na korekcie treści oferty, które przeprowadzone zostało w granicach stosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Ponadto, brak było uzasadnienia dla stwierdzenia, iż oświadczenie Wykonawcy mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nawet przyjmując, iż Wykonawca błędnie wskazał na brak powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, to nie miało to wpływu na zakres dostawy i jej wycenę. Jak wskazano powyżej korekta ceny oferty miała jedynie znaczenie techniczne i nie prowadziła do merytorycznej ingerencji w zakres świadczenia i wynagrodzenie należne Wykonawcy. Obowiązki podatkowe stron kontraktu regulowane są przepisami Ustawy o VAT i nawet błędna informacja zamieszczona w tym zakresie w ofercie pozostawała bez wpływu na czynności i wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oświadczenie to odnosi się do etapu dostawy i pozostaje bez znaczenia dla porównania ofert, gdyż zastosowanie art. 91 ust 3a Ustawy miało ten sam skutek, co przyjęcie oferty w kształcie nadanym oświadczeniem Wykonawcy. Niezależnie od treści oświadczenia porównaniu podlegają ceny uwzględniające należny podatek VAT w wysokości 23 %.

Powyższe argumenty pozostają aktualne dla oddalenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty T-Mobile na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy. Ponieważ nie była podstawą zarzutu kwestia prawidłowości przyjętej stawki podatku VAT (23%), tezy dotyczące błędnej stawki nie miały odniesienia do stanu sprawy. Ponownie należy wskazać, iż błąd Wykonawcy wynikał z braku uwzględnienia mechanizmu związanego z odwrotnym obciążeniem podatkiem VAT, a nie błędu w obliczeniu ceny polegającego na przyjęciu błędnej stawki podatku. Ponadto, skoro poprawnym było wskazanie samej wartości netto dla poz. 1, błąd wynikający z doliczenia do ceny oferty kwoty podatku VAT wyliczonej dla poz. 1, miał charakter matematyczny. W świetle postanowień siwz, w których Zamawiający wskazał, iż dla porównania ofert to Zamawiający doliczy kwotę podatku VAT, uprawnionym było dokonanie poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co wyłączało możliwość powołania się na przesłankę do odrzucenia oferty.

W świetle powyższego odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości stwierdzonej rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy, tj. 3600 zł.

Przewodniczący: