

Sygn. akt: KIO 1035/18

WYROK
z dnia 6 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2018 r. przez wykonawcę **M.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **M.K., Web-Profit w Piekarach Śląskich**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Oleszyce z siedzibą w Oleszycach**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych niezgodnej z SIWZ stawki podatku od towarów i usług VAT dotyczącej serwera, o którym mowa w pozycji 9 kosztorysu dostaw,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Gminę Oleszyce z siedzibą w Oleszycach i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.K., Web-Profit w Piekarach Śląskich tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr, poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - 2.2. **zasądza od Gminy Oleszyce z siedzibą w Oleszycach na rzecz wykonawcy M.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.K., Web-Profit w Piekarach Śląskich kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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 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 **Przemysłu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Oleszyce z siedzibą w Oleszycach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest wyposażenie pracowni dydaktycznych Szkoły Podstawowej w Oleszycach w ramach projektu „Poprawa warunków edukacji wspierających kluczowe umiejętności w Gminie Oleszyce”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 kwietnia 2018 r., poz. 547131-N-2018.

18 maja 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy M.K., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą M.K., Web-Profit w Piekarach Śląskich, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego.

Wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) czynności unieważnienia postępowania

odwołujący wniósł 23 maja 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 pkt. 1 ust 6 ustawy Pzp przez niesłuszne przyjęcie, że treść oferty odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert,
- 3) wyboru oferty odwołującego jako jedynej niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w treści załącznika do SIWZ, kosztorys ofertowy dostaw, w pozycji 9 zawarł w jednym wierszu następującą nazwę: „*Serwer + sieć lokalna*” oraz przyporządkował jej w kolumnie ilość cyfrę: 1 (słownie: jeden). Ponadto zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II, w pkt. II.4 zamieścił m.in. następującą pozycję: 6) *Serwer z siecią lokalną -1 sztuka*. Dodatkowo w rozdziale X SIWZ, w pkt 6) zamawiający zawarł następujący zapis: „*Dokumenty winny być sporządzone zgodnie z zaleceniami oraz przedstawionymi przez Zamawiającego wzorcami (załącznikami), zawierać informacje i dane określone w tych dokumentach*”.

Odwołujący wywiódł, że stosując się do tych zaleceń oraz faktu, że serwer wraz z siecią lokalną były zawarte w jednej pozycji, jako jedna sztuka, zastosował dla nich jedyną dopuszczalną stawkę podatku VAT, tj. 23%. Argumentował, że w załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług „wykaz towarów, których dostawa jest opodatkowana stawką

0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy” nie ma wymienionej takiej pozycji, jak „serwer + sieć lokalna”. Wymienione są jedynie następujące towary:

- 1 *Jednostki centralne komputerów, serwery, monitory, zestawy komputerów stacjonarnych.*
- 2 *Drukarki.*
- 3 *Skanery.*
- 4 *Urządzenia komputerowe do pism Braille'a (dla osób niewidomych i niedowidzących).*
- 5 *Urządzenia do transmisji danych cyfrowych (w tym koncentratory i switche sieciowe, routery i modemy).*

Odwołujący wywiódł, że nie można stosować stawki preferencyjnej na pozycje złożone z urządzeń niewymienionych w załączniku nr 8 do ustawy o podatku VAT, także w sytuacji, gdy stanowią one zestawy urządzeń i zestawy te nie są wymienione literalnie w załączniku nr 8 do ustawy o podatku VAT. Zdaniem odwołującego, niezależnie od tego, czy w składzie „zestawu” powstającego wskutek połączenia kilku elementów, jeden czy więcej z tych elementów jest wymieniony w załączniku nr 8 do ustawy o VAT, kluczową kwestią dotyczącą możliwości zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT jest nazwa samego „zestawu”, co w przypadku nazwy: „serwer + sieć lokalna” wyklucza taką możliwość. Odwołujący wywiódł także, że zamawiający w przypadku pozycji: „serwer + sieć lokalna” odstąpił od zamieszczenia dodatkowego załącznika do kosztorysu ofertowego (a takie załączniki zastosował zamawiający w odniesieniu m.in. do pomocy dydaktycznych) - załącznik taki, wraz z rozbiem elementów opisanych w pozycji: „serwer + sieć lokalna” pozwoliłby wszystkim potencjalnym wykonawcom na rozbiem poszczególnych składników tejże pozycji na opodatkowane stawką VAT 23% oraz stawką VAT 0%. Z kolei rozbiem tej pozycji we własnym zakresie spowoduje niezgodność oferty z treścią wymagań zawartych w SIWZ, a w szczególności względem zapisów zawartych w rozdziale X SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty, w pkt 6). W związku odwołujący podniósł, że jego oferta została odrzucona bezpodstawnie, bowiem zawiera poprawne obliczenia cenowe.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego 18 maja 2018 r., zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 21 maja 2018 r., odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i

dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Jak wynikało z protokołu postępowania zamawiający odrzucił wszystkie oferty i unieważnił postępowanie z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że w pkt III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia” zamawiający zamieścił następujący zapis:

Na przedmiot zamówienia składa się dostawa i montaż dla placówki oświatowej tj. Szkoły Podstawowej w Oleszycach

- 1) Komputery stacjonarne 73 sztuk.*
- 2) Komputery przenośne 6 sztuk,*
- 3) Tablice interaktywne 2 sztuki,*
- 4) Projektory multimedialne 6 sztuk,*
- 5) Monitor interaktywny 2 sztuki,*
- 6) Serwer z siecią lokalną 1 sztuka,*
- 7) Wyposażenie pracowni matematyczno – przyrodniczych w sprzęt dydaktyczny sztuk 2.*

Sprzęt komputerowy dostarczony będzie do placówki oświatowej (Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 710 ze zm.) art. 83 ust. 1 pkt 26a) Załącznik nr 8.

Ustalono także, że dalsze uszczegółowienie przedmiotu zamówienia zamawiający zamieścił m.in. we wzorze kosztorysu ofertowego dostaw. We wzorze tym zamieszczono 13 pozycji. W pozycji 9 znajdował się następujący zapis:

I.p	Nazwa	Opis głównych parametrów technicznych	Ilość
-----	-------	---------------------------------------	-------

9	Serwer + sieć lokalna	<p>Serwer</p> <p><i>Serwer przystosowany do szafy typu rack, o wysokości 2U, dwa procesory x64 bit, min. osiem rdzeni każdy, min. osiem wątków o taktowaniu min. 2,1 GHz (w trybie normalnym), pamięć cache [L3] 20MB, gniazdo procesora LGA2011-3, dwa zasilacze min. 450W Hot-Swap, min. 32GB RAM z możliwością rozbudowy, kontroler dysków SAS-3 (12Gb/s), kontroler macierzy dyskowych z obsługą trybów RAID 0,1,10, Miejsce na minimum 8 dysków twardej 3,5", Hot-Swap, zainstalowane 4 HDD o pojemności min. 2TB każdy SAS-3 (12Gb/s), min.7200 obr/min. zintegrowana karta graficzna, zintegrowana karta sieciowa 4 x 10/100/1000 Mbit/s. Obsługiwane systemy operacyjne: Microsoft Windows Server 2012 R2, SUSE Linux Enterprise Server 11 i 12, Szafa wolnostojąca Rack 46U, 19",</i></p> <p>Wykonanie sieci strukturalnej szkoły</p> <p><i>Technologia 1Gbit. Szafa DigitalBOX wolnostojąca 42U rack 19", 600x1000mm, czarna z wentylatorami i termostatem oraz potrzebnym wyposażeniem. Połączenie dwóch pracowni i świetlicy światłowodami z serwerownią. Pozostałe okablowanie UTP kategorii 5e z odpowiednimi gniazdami umożliwiające uzyskanie zakładanej prędkości połączenia. Podwójne gniazda RJ45 minimum kat. 5e doprowadzone do klas przy stanowisku nauczyciela. Kanały elektroinstalacyjne na korytarzach 40x60mm, doprowadzenie do serwerowni oraz korytarz I piętro stary budynek kanał 40x110mm. Switch 19" zarządzalny 48 portowy z 4 portami światłowodowymi. Zasilacz UPS o mocy pozornej 3000VA przeznaczony do zabezpieczenia zasilania serwera i pozostałych elementów szafy</i></p>	1
---	-----------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Ustalono ponadto, że w dniu 23 kwietnia 2018 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców o treści: *Czy zamawiający po rozstrzygnięciu przetargu będzie się ubiegał o zastosowanie przy zakupie 0% stawki VAT zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (rozdział 4 art. 83 ust. 1 pkt 26a). Czy zamawiający wystawi w razie wyboru najkorzystniejszej odpowiednie oświadczenie zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. (rozdział 4 art. 83 ust. 1 pkt 14 . 1), udzielił odpowiedzi twierdzącej „TAK”.*

Następnie ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył m.in. odwołujący. Odwołujący załączył do swej oferty wypełniony wzór kosztorysu ofertowego dostaw. W kosztorysie tym odwołujący zaoferował wykonanie pozycji 9 (serwer + sieć lokalna) za kwotę 50.000 zł netto + 11.500 zł VAT, tj. wartość brutto 61.500 zł.

Ustalono także, że 18 maja 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że *oferta zawiera stawkę VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami na serwer.*

Ustalono również, że 22 maja 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.* Jak wyjaśniono w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. wydanej w sprawie o sygn. akt III CZP 52/11, *określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).* Z kolei art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi zaś, że zamawiający poprawia w ofercie *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.*

Jak wynikało z przywołanego wyżej postanowienia pkt III SIWZ opisu przedmiotu zamówienia oraz odpowiedzi na pytanie z dnia 23 kwietnia 2018 r. zamawiający dwukrotnie wskazał wykonawcom, że w jego ocenie do opodatkowania przedmiotu zamówienia znajduje zastosowanie przepis art. 83 ust. 1 pkt 26 a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Z przywołanego przez zamawiającego dwukrotnie przepisu wynika, że *stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do dostaw sprzętu komputerowego dla placówek oświatowych – przy zachowaniu warunków, o których mowa w ust. 13 – 15.* Z kolei art. 83 ust. 13 ww. ustawy stanowi, że *opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0 % podlegają towary wymienione w załączniku nr 8 do ustawy.* Wreszcie, w myśl art. 83 ust. 14 pkt 1 ustawy o VAT, dokonujący dostawy, o której mowa w art. 83 ust. 1 pkt 26, *stosuje stawkę podatku 0 % pod warunkiem posiadania stosownego zamówienia potwierdzonego*

przez organ nadzorujący placówkę oświatową, zgodnie z odrębnymi przepisami – w przypadku dostawy, o której mowa w ust. 1 pkt 26 lit. a.

Zamawiający wskazał wykonawcom, że dostawa sprzętu komputerowego będzie dokonywana na rzecz placówki oświatowej w rozumieniu art. 83 ust. 1 pkt 26 lit. a ustawy o VAT. Wskazał także, że spełnione będą wymogi z art. 83 ust. 14 pkt 1 ustawy o VAT. W tej sytuacji można powiedzieć, że zamawiający dostatecznie wyraźnie wskazał wykonawcom w SIWZ, iż mają obowiązek zastosować stawkę VAT 0%, jeżeli oczywiście dostawa będzie dotyczyła towarów wymienionych w załączniku nr 8 do ustawy o VAT. Dostrzeżenia wymagało zaś, że w pozycji 1 załącznika nr 8 do ustawy o VAT ustawodawca wymienił m.in. serwery. Powyższe oznaczało, że przy spełnieniu wszystkich pozostałych warunków, ten element przedmiotu zamówienia podlegał opodatkowaniu stawką VAT w wysokości 0%, co zostało przesądzone także w SIWZ.

Tymczasem odwołujący w złożonym przez siebie kosztorysie ofertowym dostaw w pozycji 9 wskazał jednolitą stawkę podatku VAT 23% na element przedmiotu zamówienia opisany jako „serwer + sieć lokalna”. Tym samym odwołujący przyjął, że również dostawa serwera opodatkowana jest stawką podatku VAT 23 %.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że w analizowanej sprawie zasadnie przyjął dla dostawy serwera stawkę VAT 23 %.

Jednym argumentem, jaki odwołujący przedstawił w odwołaniu, a jaki miał przemawiać za tym, aby serwer i wykonanie sieci lokalnej opodatkować jednolitą stawką VAT 23 % była konieczność zastosowania się przez niego w ofercie do wzoru kosztorysu ofertowego dostaw, w którym serwer i wykonanie sieci lokalnej zagregowano w jednej pozycji kosztorysu.

Co więcej, w trakcie rozprawy na wyraźne pytanie przewodniczącego, jak postąpiłby gdyby przy niezmienionym opisie przedmiotu zamówienia zamawiający we wzorze kosztorysu zamieścił odrębne pozycje dotyczące serwera i wykonania sieci lokalnej, odwołujący odparł, że zastosowałby dla serwera stawkę VAT 0%. Taka odpowiedź odwołującego świadczyła o tym, że w jego ocenie o prawnopodatkowej kwalifikacji danego towaru świadczy wyłącznie taki a nie inny układ wzoru kosztorysu ofertowego. Stanowisko odwołującego należy ocenić jako nieprawidłowe. W polskim porządku prawnym o wysokości stawki podatku VAT nie decyduje zamawiający, ale ustawodawca. Wbrew stanowisku odwołującego, konieczność zastosowania się do wzoru kosztorysu dostaw nie oznaczała konieczności wskazania jednolitej stawki podatku VAT dla elementu oferty opisanego w poz. 9 jako „serwer + sieć lokalna”.

Uszło uwadze odwołującego, że jak wskazuje się w orzecznictwie TS UE i sądów administracyjnych zastosowanie stawki jednolitej dla tzw. świadczenia kompleksowego jest

uznawane za wyjątek od zasady, zgodnie z którą dla danego towaru lub usługi należy zastosować właściwą dla niego stawkę podatku VAT.

Rozstrzygając w spornej kwestii Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w pozycji 9 stanowi typowy przykład świadczenia złożonego składającego się z dwóch pojedynczych świadczeń, przy czym świadczenia te opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT. Ocena skutków podatkowych świadczenia złożonego zależała zatem od ustalenia czy mamy do czynienia z relacją świadczenia głównego i świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń. Podkreślenia wymaga, że problem tzw. świadczeń złożonych był przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, TSUE stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał podkreślał, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Trybunał w orzeczeniu tym podkreślił, że świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT.

Natomiast w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën, TSUE wskazał, że art. 2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielanie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (...).

Powyższe prowadzi do wniosku, że jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie odwołujący w odwołaniu nie tylko nie podjął próby wykazania, ale nawet nie twierdził, że świadczenie z pozycji 9 ma charakter świadczenia kompleksowego. W szczególności nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji, że w analizowanej sprawie dostawa serwera musi być kwalifikowana jako świadczenie dodatkowe, pomocnicze, które nie może być przedmiotem odrębnej dostawy od usługi głównej, jaką jest wykonanie sieci lokalnej, gdyż rozdzielenie takie byłoby sztuczne. W braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła, że serwer może być przedmiotem odrębnej dostawy, ta jak i odrębnie mogła być wykonana usługa budowy sieci.

Za koniecznością odrębnego opodatkowania dostawy serwera i usługi budowy sieci lokalnej przemawiała także przedstawiona przez zamawiającego interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 05.06.2017 roku nr. 3063-ILPP1-2.4512.75.2017.2.NF. Interpretacja ta nie została wydana w tej sprawie, ale opis stanu faktycznego wykazywał podobieństwo do analizowanej sprawy. Przedmiotem oceny była bowiem sytuacja, w której wnioskodawca zamierzał dostarczyć na rzecz placówki oświatowej serwer wraz z usługą wykonania sieci i dostawą szaf. W interpretacji tej organ podatkowy uznał za prawidłowe stanowisko wnioskodawcy o konieczności zastosowania stawki VAT 0% na serwer, ale jednocześnie uznał za nieprawidłowe stanowisko wnioskodawcy o konieczności zastosowania stawki VAT 0% na usługę budowy sieci czy dostawy szaf. Organ ten uznał bowiem, że te ostatnie elementy podlegają opodatkowaniu stawką VAT 23 %.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo wskazał w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, że ten zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT dla serwera.

Zaskakujące okazało się stanowisko zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, w trakcie której zmienił on swój pogląd utrzymując, że odwołujący zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT nie tylko dla serwera ale także dla sieci. Zamawiający na rozprawie podniósł, że w jego ocenie wykonawca powinien wskazać jednolitą stawkę VAT 0 % dla całej pozycji 9 tj. na serwer i wykonanie sieci lokalnej. Powyższe stanowiło istotne novum, gdyż jak wynikało z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający uznał jako nieprawidłową jedynie stawkę podatku VAT dla serwera, z czego należało wnosić, iż jednocześnie uznawał za prawidłową stawkę VAT dla usługi wykonania sieci, a zatem stawkę 23 %.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie może zmieniać w trakcie postępowania odwoławczego podstawy faktycznej czynności odrzucenia oferty wykonawcy. Podzielono w

całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zobowiązana była pominąć przy wyrokowaniu argumentację i dowody przedstawiane przez zamawiającego w takim zakresie, w jakim miały one dowodzić, że wykonanie sieci lokalnej powinno być objęte stawką VAT 0 %. Powyższe nie było bowiem powodem odrzucenia oferty odwołującego. W szczególności Izba pominęła rozważania na ten temat poczynione w opinii prywatnej doradcy podatkowego Ł.K. z 4 czerwca 2018, jaką zamawiający przedstawił w trakcie rozprawy. Jedynie na marginesie można wskazać, że przedstawiona opinia okazała się niestanowcza, odnosiła się jedynie do możliwości, a nie konieczności zastosowania stawki podatku VAT 0% na sieć. Na marginesie można było także wskazać, że przedstawiona przez zamawiającego interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 05.06.2017 roku nr. 3063-ILPP1-2.4512.75.2017.2.NF – wbrew stanowisku zamawiającego nie potwierdzała jego poglądu o konieczności zastosowania jednolitej stawki VAT 0 % na dostawę serwera i usługę wykonania sieci lokalnej. Wręcz przeciwnie, ze złożonej interpretacji wynikał wniosek

przeciwny, gdyż organ podatkowy uznał za prawidłowe stanowisko wnioskodawcy o konieczności zastosowania stawki VAT 0% na serwer, ale jednocześnie uznał za nieprawidłowe stanowisko wnioskodawcy o konieczności zastosowania stawki VAT 0% na usługę budowy sieci czy dostawy szaf. Organ ten uznał bowiem, że te ostatnie elementy podlegają opodatkowaniu stawką VAT 23 %.

Reasumując Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie należało zastosować stawkę podatku VAT 0 % na serwer. Jednocześnie jednak Izba uznała, że zastosowanie przez odwołującego nieprawidłowej stawki VAT 23 % na serwer - w okolicznościach danej sprawy - nie prowadziło do konieczności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uchwale z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 Sąd Najwyższy przesądził, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w przywołanej uchwale doszedł zatem do przekonania, że zastosowanie błędnej stawki VAT stanowi co do zasady błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty. Wskazał jednak, że przed odrzuceniem oferty należy sprawdzić czy nieprawidłowość ta nie może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Możliwość poprawienia omyłki uzależnił zaś od określenia w SIWZ wymaganej stawki podatku VAT.

W ocenie Izby w analizowanej sprawie wystąpiły przesłanki poprawienia omyłki w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Uszło uwadze zamawiającego, że przesądził on w pkt III SIWZ i w odpowiedzi na pytanie z 23 kwietnia 2018 r. konieczność zastosowania stawki podatku VAT 0% dla towarów z załącznika nr 8 do ustawy o VAT. W tej sytuacji zachowanie się odwołującego, który w swej ofercie przewidział dla serwera stawkę VAT 23 % zamiast określonej w SIWZ stawki 0 %, stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która – w świetle ww. uchwały SN - powinna być poprawiona przez zamawiającego przy zastosowaniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający zaniechał czynności poprawy omyłki, jakiej dopuścił się odwołujący. Wobec powyższego czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy okazała się nieprawidłowa. W konsekwencji zatem koniecznym okazało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia tej czynności i wykonania czynności poprawienia omyłki w na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a

zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby, przez wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć wybór danej oferty jako najkorzystniejszej. W analizowanej naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych przez zamawiającego. W konsekwencji zamawiający nieprawidłowo ustalił, że postępowanie podlega unieważnieniu z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezgodnej z SIWZ stawki podatku od towarów i usług VAT dotyczącej serwera, o którym mowa w pozycji 9 kosztorysu dostaw.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim,*

analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający. Kosztami postępowania obciążono zatem wyłącznie tę stronę. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie złożonego rachunku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b w zw. § 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 22 maja 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: