

Sygn. akt: KIO 1751/13

## WYROK

z dnia 5 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie dnia 2 sierpnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, ul. Dewajtis 5, 01-815 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **SIMPLE S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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**

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie (dalej: zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę wdrożenia z dedykowanymi szkoleniami systemu ERP wraz z niezbędną infrastrukturą w obszarze zintegrowanego informatycznego systemu zarządzania w ramach realizacji projektu: Kwalifikacja jakości w Uniwersytecie”, znak sprawy: DZP-370-23/2013, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane pod nr 2013/S 085- 144433 w dniu 2 maja 2013 r.

Wykonawca Comarch Polska S.A. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - SIMPLE S.A., pomimo iż oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 6 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SIMPLE S.A., pomimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia ponownej oceny ofert, a w jej toku - odrzucenie oferty złożonej SIMPLE S.A.;
2. przeprowadzenia ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący złożył ważną ofertę, która została zaklasyfikowana na drugim miejscu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. Określone przez Zamawiającego w SIWZ wymagania dotyczące stawki podatku VAT Zgodnie z treścią Rozdziału III - wzór Formularza oferty wraz z załącznikami - wykonawcy zobowiązani zostali do wskazania całkowitej wartości brutto oferty wraz ze wykazaniem stawki podatku VAT, przy czym w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego Zamawiający dodatkowo zobowiązał wykonawców do przedstawienia parametrów technicznych oferowanych serwerów(3 szt.) wraz z ceną brutto oraz zastosowaną stawką VAT.

Wymaganie przez Zamawiającego wyodrębnienia z łącznej ceny oferty cen serwerów jest uzasadnione faktem, że rozliczenie za serwery zgodnie z treścią obowiązujących przepisów prawa oraz treścią SIWZ będzie dokonywane przy zastosowaniu stawki podatku VAT 0%.

Okoliczność tę potwierdza treść dalszych postanowień siwz, w szczególności postanowień umowy, która zostanie zawarta po udzieleniu zamówienia [Rozdział IV SIWZ].

Zgodnie z treścią § 9 pkt 2.2 wzoru umowy: „za dostawę sprzętu peryferyjnego (3 serwerów) Wykonawca otrzyma wynagrodzenie o łącznej kwocie w wysokości nettozł (słownie złotych: .), według wartości netto określonych w Kosztorysie z zastosowaniem 0% stawki podatku VAT na podst art 83 ust 1 pkt. 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54 poz. 535)".

Zgodnie z treścią punktu 12 siwz „Opis sposobu obliczenia ceny: 12.5. Wykonawca naliczy odpowiednia stawkę podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa lub posiadaną indywidualną interpretacją. (...) 12.9. Zmawiający niezwłocznie po udzieleniu zamówienia Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana w przedmiotowym postępowaniu wystąpi do Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego o potwierdzenie zastosowania 0% VAT na urządzenia określone w załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535). 12.10. Po otrzymaniu przez Wykonawcę zaświadczenia z Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego Wykonawca stosuje 0% stawkę podatku VAT w odniesieniu do sprzętu objętego załącznikiem nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535).

Zatem już na etapie składania ofert Zamawiający określił, że rozliczenie za serwery dokonywane będzie przy zastosowaniu stawki 0%, a więc zgodnie z zasadami objęcia tą stawką podatku VAT sprzętu komputerowego wymienionego wprost w Załączniku Nr 8 do ustawy o VAT.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty - SIMPLE S.A. oraz Comarch Polska S.A. (oferta Odwołującego). Odwołujący zastosował się do narzuconego modelu wyszczególnienia ceny oferowanych serwerów (3 szt.), wskazując szczegółowe parametry techniczne oferowanych urządzeń, do których zastosowanie znajduje preferencyjne opodatkowanie podatkiem VAT zgodnie z pkt 12.10 SIWZ, a także ich cenę netto.

W przypadku Wykonawcy Comarch Polska S.A. będzie zatem możliwe dokonanie czynności określonych przez Zamawiającego w treści pkt. 12.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wystąpienie przez Zamawiającego o potwierdzenie zastosowania 0% VAT na urządzenia określone w załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług. Uzyskanie takiego potwierdzenia umożliwi wpisanie w § 9 pkt 2.2 umowy kwoty brutto za serwery równej z kwotą netto (po zastosowaniu stawki podatku VAT 0% kwota podatku VAT nie zostanie ujęta). Pozostałe elementy objęte zamówieniem objęte będą zgodnie z obowiązującymi przepisami - stawką podatku VAT 23%.

Procedura ta nie będzie możliwa do zastosowania w przypadku Wykonawcy SIMPLE S.A. Wykonawca ten bowiem w Załączniku Nr 1 do Formularza ofertowego, przeznaczonym do

prezentacji parametrów oraz cen serwerów, w pozycji „Inne” wskazał listę wyposażenia dodatkowego oferowanych serwerów. W wyposażeniu dodatkowym Wykonawca SIMPLE S.A. uwzględnił między innymi:

- Molex Szafę serwerową Modbox III 19" 42U 800x1000 (wspólną dla 3 serwerów);
- macierz dyskową StorwizeV3700 (wspólna dla 3 serwerów);
- oprogramowanie Microsoft Sys Ctr Standard 2012 all Lng Embedded Microsoft Volume License 1 License 2 PROC Lic SA.

Z Formularza ofertowego Wykonawcy SIMPLE S.A. wynika, że całość wyspecyfikowanych elementów, tj. łącznie serwerów i wyposażenia dodatkowego, podlegać będzie opodatkowaniu według jednolitej stawki podatku VAT - 0%, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym również z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ.

W art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy o VAT określono podmioty, do których dostarczenie sprzętu komputerowego objęte jest stawką podatku VAT 0%.

W ust. 13 określono zaś, że stawką podatku w wysokości 0% podlegają towary wymienione w załączniku nr 8 do ustawy VAT.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 8 do ustawy VAT, opodatkowaniu na podstawie art. 83 ust. 1 pkt. 26 ustawy o VAT, opodatkowaniu stawką 0% podlega dostawa:

Katalog sprzętu komputerowego wskazanego w Załączniku 8 stanowi katalog zamknięty i tylko dostawa enumeratywnie wymienionych w nim urządzeń korzystać może z preferencyjnego opodatkowania podatkiem VAT. W świetle dotychczasowej linii orzeczniczej organów podatkowych można wyszczególnić przesłanki, które w opinii organów podatkowych determinują prawo do zastosowania stawki 0% do dostawy określonych urządzeń. Organy te wskazują, że zastosowanie stawki 0% do „wyposażenia dodatkowego” urządzeń wymienionych enumeratywnie w katalogu Załącznika Nr 8 jest możliwe jedynie w ściśle określonych przypadkach. Przede wszystkim konieczne jest wykazanie, że elementy dodatkowe stanowią integralną i nieodłączną część składową sprzętu komputerowego, stanowią elementy podlegające instalacji wewnątrz obudowy serwera, na jego płycie głównej; są konieczne do poprawnej pracy maszyny, a ich instalacja odbywa się na etapie produkcji w fabryce i musi zawsze być zainstalowana w serwerze, aby urządzenie działało poprawnie; stanowią kluczowy element maszyny, bez którego nie może ona funkcjonować.

Wskazane trzy elementy wyposażenia dodatkowego wymienionego w Załączniku nr 1 do oferty SIMPLE S.A. nie spełniają przesłanek uznania za element sprzętu komputerowego, co uprawniałoby do objęcia ich stawką podatku VAT 0%:

Podana w Formularzu ofertowym Simple S.A. cena brutto z tytułu oferowanej dostawy 3 serwerów została obliczona w sposób nieprawidłowy, niezgodny z obowiązującymi

przepisami, to jest art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, co narusza jednocześnie wymagania określone w punkcie 12.1, 12.2. i 12.5 SIWZ i powoduje konieczność odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp oraz 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

Ponieważ zgodnie z treścią pkt. 12.10 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli obliczyć odpowiednią stawkę podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa lub posiadaną indywidualną interpretacją, a także w świetle postanowień wzoru umowy, dotyczących elementów wynagrodzenia wykonawcy i wymaganych stawek podatku VAT, wykonawcy mieli obowiązek skonstruować ofertę w sposób umożliwiający zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 0% tylko i wyłącznie w stosunku do serwerów i ich nierozłącznych elementów, w pozostałym zaś zakresie zastosować podstawową stawkę podatku VAT 23 % (z wyjątkiem szkoleń, dla których Zamawiający określił odrębne zasady opodatkowania). W związku z ujęciem przez Wykonawcę SIMPLE S.A. w cenie serwerów elementów, które nie będą mogły być objęte stawką podatku VAT 0%, oferta Wykonawcy SIMPLE S.A. jest niezgodna z treścią siwz. Niezgodność ta powoduje w konsekwencji błąd w obliczeniu ceny.

Jednocześnie Zamawiający nie ma możliwości poprawienia w ofercie SIMPLE S.A. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz usunięcia błędu w obliczeniu ceny, ponieważ w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego Wykonawca ten nie wyodrębnił cen za elementy podlegające opodatkowaniu stawką 0% oraz stawką 23%. W odróżnieniu od oferty Wykonawcy Comarch Polska S.A. Zamawiający nie będzie zatem w stanie w odniesieniu do Wykonawcy SIMPLE S.A. dokonać czynności, o których mowa w pkt. 12.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w § 9 pkt 2.2 wzoru umowy, bez określenia przez tego Wykonawcę, już po złożeniu oferty - jakie są ceny jednostkowe elementów wymienionych w Załączniku nr 1 do formularza ofertowego. W przypadku wystąpienia przez Zamawiającego o potwierdzenie zastosowania 0% VAT na urządzenia określone w Załączniku nr 8 do ustawy o podatku od towarów i usług, potwierdzenie takie nie zostanie bowiem udzielone. Aby potwierdzenie to mogło mieć miejsce, konieczne byłoby wyodrębnienie z Załącznika nr 1 do Formularza ofertowego Wykonawcy SIMPLE S.A. elementów podlegających stawce podatku VAT 0% i wystąpienie o potwierdzenia zastosowania tej stawki tylko do tych wyodrębnionych elementów. Wymagałoby to jednak ustalenia cen elementów, które mogą być objęte stawką podatku VAT 0%. Konieczne byłoby zatem dokonanie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą ustaleń, jakie są ceny częściowe poszczególnych elementów wyspecyfikowanych w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego. Ustalenia takie są zaś niedopuszczalne w świetle treści art. 87 ust. 1 pzp. W chwili obecnej wiadomo bowiem, że cena za realizację zamówienia, zaoferowana przez Wykonawcę SIMPLE S.A., będzie

niższa od wpisanej w formularzu ofertowym, ale nie wiadomo, o ile. Zależy to bowiem od tego, jakie są ceny jednostkowe elementów wyspecyfikowanych w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego tego Wykonawcy, tego zaś nie da się ustalić samodzielnie, bez dodatkowego oświadczenia Wykonawcy.

Z powyższych względów w ocenie Odwołującego oferta złożona przez SIMPLE S.A. winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wyjaśnił, że na etapie badania ofert nie stwierdził w żadnej ofercie błędu w obliczeniu ceny, ani niezgodności z treścią SIWZ. Zauważył, że obydwaj wykonawcy złożyli oferty cenowe ze stawką podstawową podatku od towarów i usług tj 23%. Wskazał na opis przedmiotu zamówienia zawarty w zał. nr 1 do SIWZ (str. 9), z którego wynika, iż wykonawcy mieli możliwość konstruowania oferty i jej zawartości w różny sposób. Stwierdził, że w specyfikacji nie wymagał i nie wskazywał miejsca, w którym ma być uwzględniona pozycja o nazwie „wyposażenie dodatkowe (inne)”. Zauważa, że kosztorys ofertowy, tj. zał. nr 1, dotyczy serwerów, co doświadczeni przewidują zastosowanie w toku realizacji umowy procedury zatwierdzenia preferencyjnej stawki podatku VAT, a informacje zawarte w 2 tabeli tego dokumentu miały umożliwić przygotowanie do wdrożenia z użyciem oferowanego sprzętu.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia w tabeli 2 kosztorysu ofertowego ma jedynie walor informacyjny wskazujący na określone funkcjonalności i jest zgodny z wymogami SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami i wyjaśnieniami, treść oferty wybranej oraz stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Oceniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powiązany z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt ustawy pzp z uwagi na zawarcie w ofercie błędu w obliczeniu ceny, który to błąd nie może być poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 ustawy pzp, skład orzekający uznaje zarzut za niezasadny.

Należy zauważyć, że oferta przystępującego w zakresie kwestionowanym w odwołaniu została sporządzona na formularzu ofertowym i załączonym kosztorysie ofertowym dotyczącym trzech serwerów zgodnie z ustalonymi specyfikacją formularzami. Wykonawca dokonał wyceny serwerów wskazując wartość netto, stawkę podatku VAT 23% (podstawową) i kwotę podatku i wartość brutto. Taką samą formułę kosztorysu ofertowego wraz ustaleniem podatku przyjął odwołujący. Zarzut odwołania dotyczy drugiej części kosztorysu ofertowego (drugiej tabeli), który zawiera opis przedmiotu zamówienia – serwerów i parametry sprzętu, gdzie w pozycji „Inne” przystępujący opisał elementy nazwane w odwołaniu wyposażeniem dodatkowym, a które nie podlegają opodatkowaniu preferencyjną zerową stawką podatku VAT. W odróżnieniu od przystępującego odwołujący pozycji tej nie wypełniał, co w jego ocenie umożliwi w odniesieniu do wskazanej ceny serwerów zastosowanie procedury potwierdzenia, stawki preferencyjnej, którą zamawiający przewidział i opisał w postanowieniach siwz wraz ze wzorem umowy.

Izba przyjmuje za uzasadnione twierdzenie, że druga tabela omawianego formularza ma charakter informacyjny w celu przygotowania zamawiającego do wdrożenia systemu w zależności od przedmiotu oferty. Ta część formularza w żadnej z ofert nie zawierała żadnych elementów kalkulacyjnych ergo wpływających na wycenę.

Należy zauważyć, że niesporne jest dla uczestników postępowania, iż ze względu na przedmiot zamówienia i podmiot zamawiającego określone elementy zamówienia w toku realizacji zamówienia będą rozliczane z uwzględnieniem 0% stawki podatku od towarów i usług. Okoliczność ta dotyczy jednak fazy wykonywania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wykracza poza kognicję Krajowej Izby Odwoławczej. Można w tym miejscu zauważyć, że w powołanych przez odwołującego postanowieniach siwz w pkt 12.5, 12.10 i wzorze umowy wskazano na zasady rozliczania z uwzględnieniem właściwej stawki podatkowej „po udzieleniu zamówienia, „po otrzymaniu zaświadczenia z Ministerstwa/.../”.

Z tych względów obydwaj wykonawcy przedstawili kosztorysy ofertowe z taką samą – podstawową stawką podatku VAT, określając jednoznacznie cenę serwerów.

Z powyższego wynika, że nie ma podstaw do uznania za zasadny zarzutu o błędzie w obliczeniu ceny wybranej oferty, jak i zarzutu niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....