MIEJSKIE CENTRUM OŚWIATY
al. Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy
tel.: (32) 323 24 00, fax: (32) 323 24 03
www.mco.tychy.pl
mco@mco.tychy.pl

MCO-SZP.0910.1.2018

Tychy, dnia 17 maja 2018 r.

URZĄD MIASTA TYCHY
Wydział Kontroli
Wpł. 2018 -05- 17
L.dz. ..... Podpis .....
Znak sprawy: .....

Naczelnik Wydziału Kontroli

Urzędu Miasta w Tychach

[redacted]

Zastrzeżenia do protokołu z kontroli nr DUK.1711.5.2018 z dnia 10 maja 2018 r.

W odpowiedzi na protokół kontroli doraźnej przeprowadzonej w Miejskim Centrum Oświaty w Tychach od dnia 30. 03. 2018 r. do 6. 04. 2018 r. z dnia 10. 05. 2018 r. nr DUK.1711.5.2018 wnoszę uwagi do protokołu.

Odnosząc się do treści protokołu wskazuję, co następuje:

Na stronie 5. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na obsługę procedur przetargowych projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „W żadnym dokumencie przedmiotowego zamówienia nie wskazano ustalonej wartości zamówienia"

Wyjaśnienie: Jak wynika z treści przedmiotowej dokumentacji w jej treści znajdowały się trzy wyceny zamówienia od różnych kancelarii prawnych na kwotę 39360 zł brutto, 42000 zł brutto oraz 35000 zł brutto. Każda z tych wartości jest poniżej ustawowego progu przewidzianego do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 4 pkt 8 tej ustawy. Powyższe potwierdza, że zamawiający ustalił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia, a jedynie pominął ustalenie średniej arytmetycznej tych ofert, gdyż nie było podstaw do stosowania Pzp.

Na stronie 7. w akapicie pierwszym Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na obsługę procedur przetargowych projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „W umowie nie wskazano innych osób z ramienia wykonawcy upoważnionych od udziału w przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania".

Wyjaśnienie: Obowiązek wskazania osób upoważnionych przez wykonawcę do udziału w przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania nie wynika z żadnego przepisu prawa.

Na stronie 7. w akapicie trzecim Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na obsługę procedur przetargowych projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „W postępowaniach przetargowych prowadzonych w związku z realizacją umowy nie były powoływane komisje przetargowe."

Wyjaśnienie: Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „Kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zwaną dalej "komisją przetargową", jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8." Wartość zamówienia nie przekraczała natomiast kwot określonych w art. 11 ust. 8, a zatem Zamawiający nie miał obowiązku a jedynie możliwość powołania takiej komisji i z tej możliwości nie skorzystał.

Na stronie 8. poniżej tabeli Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na obsługę procedur przetargowych projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Procedury przetargowe zostały przeprowadzone przez Kancelarię w sześciu postępowaniach w trybie przetargów nieograniczonych".

Wyjaśnienie: Zamawiający potwierdza, że przeprowadzono sześć takich postępowań. Podział zamówień został dokonany zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na stronie 8. pkt 4.2 oraz na stronie 13. pkt 4.3 Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem pracowni językowych oraz dostawę programów komputerowych w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Zgodnie z notatką służbową z 31.08.2015 r. zostały przeprowadzone rozmowy telefoniczne w wyniku, których uzyskano informację o wartości szacunkowej zamówienia. (...) W dokumentacji brakuje potwierdzenia szacunków dokonanych przez ww. firmy."

Wyjaśnienie: Ustawa Prawo zamówień publicznych określa jedynie pojęcie wartości szacunkowej, sposób, w jaki należy dokonać oszacowania w zależności od typu dostaw lub usług oraz kiedy należy dokonać oszacowania. Brak jest natomiast regulacji co do formy przedmiotowej czynności.

Na stronie 10. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem pracowni językowych w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Zamawiający w zmianie ogłoszenia uwzględnił dosłownie sugestię wykonawcy, również w zakresie przedmiotu dostawy tj. sprzętu multimedialnego, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z montażem pracowni językowych"

Wyjaśnienie: Obowiązkiem zamawiającego jest takie ukształtowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby dany potencjał odpowiednio umożliwiał wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie jego opis nie naruszał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Za opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który spełni obie normy należy zatem uznać taki opis, który dopuści do udziału w postępowaniu wszystkich tych wykonawców, którzy dają gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. (Tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2015 r. KIO 689/15; KIO 701/15).

Zamawiający uwzględnił sugestię wykonawcy, gdyż uznał ją za słuszną. W skład wyposażenia zamawianych pracowni językowej wchodzą przede wszystkim urządzenia multimedialne. Warunki udziału w postępowaniu mają za zadanie dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Zważyć należy, że zamawiający zamawiał dostawę wyposażenia 9 pracowni językowych, a z wymagań wynikało, że wykonawca winien wykazać dostawy 10 pracowni.

Ograniczenie dostępności zamówienia do Wykonawców, których wartość dostaw obejmowała jedynie pracownie językowe byłoby w świetle argumentacji wykonawcy nieuzasadnione. Założyć bowiem należy, że skoro Wykonawca wywiązał się z dostawy urządzeń multimedialnych wraz z montażem o wartości 160.000 zł i to aż dwukrotnie, a nadto w ramach tych zamówień wykonał 5. pracowni językowych to będzie zdolny do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający jedynie rozszerzył dostępność zamówienia dla większej liczby potencjalnych wykonawców.

Zamawiający nie wiedział, czy zostanie zgłoszona tylko jedna oferta.

Na stronie 11. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem pracowni językowych w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Zamawiający nie dokonał zmiany w SIWZ, co spowodowało rozbieżności między zapisami w SIWZ, a zapisami w ogłoszeniu oraz w załączniku nr 6"

Wyjaśnienie: Na stronie internetowej: http://www.oswiata.tychy.pl/miejskie-centrum-oswiaty/zamowienia-publiczne/przetarg-nieograniczony-pn-dostawa-wraz-z-montazem-pracowni-jezykowych-w-ramach-projektu-wyposazenie-pracowni-do-nauki-przedmiotow-matematyczno-przyrodniczych-oraz-jezykow-obcych-w-szkolach-miasta-tychy.html zamawiający umieścił plik pn. „ informacja dla wykonawców". Plik ten zawierał informację:

1) o modyfikacji treści 7.2.2 SIWZ, a także brzmienie tego punktu po modyfikacji,
2) o modyfikacji treści załącznika nr 1 do SIWZ, a także zawierał całą treść nowego załącznika nr 1 do SIWZ.

Załącznik nr 6 do SIWZ w ocenie Zamawiającego nie wymagał zmian bowiem załącznik nr 6 zawiera jedynie w tytule informację, że stanowi on „Wykaz wykonanych dostaw kompletnych pracowni językowych". Nie pozostaje on w sprzeczności z nowym brzmieniem warunków udziału w postępowaniu, gdzie w dalszym ciągu wymagane jest wykazanie „dostaw obejmujących dostawy kompletnych pracowni językowych". Zważyć należy, że załącznik nr 6 do SIWZ stanowi ponadto jedynie wzór formularza i może być on modyfikowany przez składających oferty.

Zważyć ponadto należy, że:

„(...) częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany, natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ." (zob. **wyrok z dnia 22 grudnia 2014 r., KIO 2593/14**). W **wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r., KIO 110/15**, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „(...) rzeczą zamawiającego jest wprowadzenie w postępowaniu jasnych, jednoznacznych i niesprzecznych reguł postępowania, które nie będą dawały jego uczestnikom pola do odgadywania i snucia domysłów co było zamiarem zamawiającego i jaki jest wymagany przedmiot zamówienia. SIWZ opracowana na użytek postępowania winna być dokumentem czytelnym i jednoznacznym. Udzielane zaś wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wątpliwości co do brzmienia SIWZ. Mogą one także prowadzić do zmiany SIWZ, jeśli tylko Zamawiający - w związku z dokonaną zmianą - zapewnia odpowiedni czas na składanie lub dostosowanie ofert. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i w jego gestii jest kształtowanie przedmiotu zamówienia -czy to w formule ukształtowania SIWZ w momencie wszczęcia postępowania, czy też następczo - w toku postępowania, przy okazji udzielanych wyjaśnień do SIWZ. Nie jest także przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SIWZ". Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu."

Na stronie 12. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem pracowni językowych w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Zauważa się, iż przedłożone referencje potwierdzają wiedzę i doświadczenie na minimalnym poziomie określonym w zmienionym ogłoszeniu o zamówienie."

Wyjaśnienie: Nie jest prawdą, że referencje przedłożone przez Wykonawcę potwierdzają wiedzę i doświadczenie na minimalnym poziomie określonym w zmienionym ogłoszeniu o zamówieniu. Wykonawca w załączniku nr 6 do SIWZ określił dwie dostawy o wartości: 339518,19 zł oraz 751246,20 zł. Natomiast Zamawiający wymagał dwóch dostaw o wartości co najmniej 160000 zł każda.

Na stronie 14. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę programów komputerowych w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Zamawiający za produkty równoważne uznaje takie, które spełniają min. Parametry techniczne produktu wskazanego z nazwy handlowej. W załączniku nr 1 do SIWZ nie wskazano nazw handlowych produktów jednakże w odniesieniu do większości oprogramowań zamawiający dokonał opisu wymogów funkcjonalnych"

Wyjaśnienie: Zgodnie z art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny". Zamawiający prawidłowo zatem opisał przedmiot zamówienia.

W ostatnim akapicie na stronie 14. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę programów komputerowych w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „W wyniku oceny złożonych ofert, oferta z najniższą ceną, tj. nr 2 firmy Infomiks Sp. z o.o. została przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych".

Wyjaśnienie: Postępowanie to było przedmiotem kontroli Instytucji Zarządzającej, która w informacji pokontrolnej uznała wyjaśnienie Kancelarii, iż formularz ofertowy nie został podpisany, a zawiera jedynie niedające się zidentyfikować parafki w dolnym prawym rogu każdej z dwóch stron formularza ofertowego.

Na stronie 15. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę programów komputerowych w ramach projektu pn.„Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: "(...) specyfikacja techniczna postępowania nie ujawniała nazw programów, które mają być oferowane, ale po opisie wskazywała ewidentnie na oprogramowanie będące na polskim rynku liderem tego typu oprogramowani." a także, że oprogramowanie nie zawiera 36 miesięcznych aktualizacji." (...) „W związku z powyższym kryterium oceny w postaci bezpłatnej aktualizacji jest nieproporcjonalne do całości zamówienia(...)".

Wyjaśnienie: Na etapie kontroli przez Instytucję Zarządzającą Zamawiający wskazał, że wprowadzenie zmian w programie nauczania (np. zapowiadana likwidacja gimnazjum) będzie wymagała aktualizacji poprzez zmiany dostosowujące do nowego programu nauczania. Obydwaj producenci potwierdzili, że z ich strony jest gotowość zapewnienie takiej aktualizacji na zasadach odrębnej umowy sprzedaży z podmiotem, który pośredniczy w sprzedaży programów. Nie było natomiast możliwość ustalenia u wszystkich producentów programów gotowości zaoferowania aktualizacji oprogramowania.

Na stronie 17. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę programów komputerowych w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Kontrola wykazała błąd w dokumentach zamawiającego tj. niezgodność zapisów SIWZ oraz umowy, w których wskazano okres rękojmi wynoszący 24 miesiące, do zapisów zawartych we wzorze oferty, które określono na 36 miesięcy".

Wyjaśnienie: Wzór oferty stanowiący załącznik do SIWZ, stanowi jedynie wzór, który mogą zastosować wykonawcy. Istotna jest treść SIWZ, umowy i treść oferty. Zgodnie z art. 144 zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru

wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Przepis ten nie wskazuje, że związanie treścią oferty dotyczy również treści wzorów stosowanych przez zamawiającego.

Na stronie 18. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i multimediów w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „(...)wartość (850.000 zł brutto) nie stanowi średniej arytmetycznej ww. ofert szacunkowych. Natomiast w protokole z postępowania (druk ZP-PN w pkt 2 wskazano inną wartość szacunkową zamówienia tj. kwotę 804.847,05 i taką kwotę wskazano w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia tj. równą kwocie która zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (pkt 8 protokołu 990.000 zł brutto)".

Wyjaśnienie: Miejskie Centrum Oświaty w Tychach wyjaśniało, że średnią arytmetyczną złożonych ofert była kwota 950.000,00 zł. Właściwa wartość szacunkowa zamówienia to kwota 950.000 zł brutto, a nie jak podają kontrolujący 850.000 zł brutto. Kwota 950.000 zł jest wynikiem działania arytmetycznego: 1038000 zł + 887000 zł + 920000 zł (wartości propozycji cenowych)/ 3 (liczba propozycji cenowych) = 950.000,00 zł. Błąd w notatce z ustalenia wartości szacunkowej jest zatem oczywisty. Notatka jest dokumentem wcześniejszym niż treść protokołu, w którym Zamawiający podał szacunkową wartość zamówienia i kwotę zabezpieczoną przez Zamawiającego. Zamawiający zabezpieczył na poczet wykonania zamówienia kwotę 990.000 zł (w kwocie netto: 804.878,05 zł).

Na stronie 21. i 22. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i multimediów w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Oferta złożona przez Konsorcjum zawierała taką informację wskazując towary oraz wartości bez kwot podatku, którego dotyczy obowiązek podatkowy. (...) Zatem Podatek VAT od dostawy ww. sprzętu wynosił 85.172,68 zł i nie został doliczony do kwoty oferty w związku z powstaniem obowiązku podatkowego u zamawiającego. (...)Wymaganie w SIWZ oraz we wzorze oferty cenowej wykazania przez oferentów, towarów których dostawa będzie prowadzić do powstania odwrotnego obciążenia podatkiem VAT ze wskazaniem ich wartości bez kwoty podatku mogło wprowadzić wykonawców w błąd (...)"

Wyjaśnienie: Obowiązek żądania informacji o powstaniu obowiązku podatkowego u zamawiającego wynika wprost z przepisu tj. art. 91 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek ten wprowadzono ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015 poz. 605) od 1.07.2015 r. Zgodnie z tym przepisem: Wykonawca już przy składaniu oferty ma obowiązek poinformowania zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Chodzi o złożenie stosownej informacji przez wykonawcę. Pojawia się jednak w tym miejscu pytanie o źródło tego obowiązku. Prawo zamówień publicznych nie zawiera bowiem żadnych przepisów, co do miejsca poinformowania wykonawców o obowiązku złożenia informacji, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Wydaje się zatem, że informacja taka powinna znaleźć się w formularzu ofertowym oraz SIWZ (podobnie zob. obowiązek złożenia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej). Zatem wykonawca musi zostać poinformowany o tym obowiązku przez zamawiającego. Zwłaszcza, że wykonawca powyższą informację składa wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (Tak: Sieradzka, Małgorzata. Obowiązek doliczania wartości podatku VAT płaconego przez zamawiającego do wartości netto oferty. Publikacje Elektroniczne ABC). Postępowanie zamawiającego polegającego na umieszczeniu żądania w treści SIWZ było zatem prawidłowe.

Zważyć należy, że zgodnie z art. 91 ust. 3a jeżeli wykonawca poinformuje zamawiającego o konieczności doliczenia wartości podatku VAT do wartości netto oferty, to zamawiający musi doliczyć podatek VAT. Zatem do ceny oferty (ceny najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną) należy doliczyć

podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

Zamawiający również w tym zakresie postąpił prawidłowo. Przed wybraniem najkorzystniejszej oferty zwiększył on bowiem kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia z kwoty 990.00 zł do kwoty: 1.072.744,50 zł. Oznacza to, że uwzględnił, że ostateczną cenę stanowiła suma kwoty wskazanej w formularzy ofertowym: 987.571,82 zł brutto i podatku VAT, objętego informacją o odwrotnym obciążeniu podatkowym 85.172,68 zł

Na stronie 22. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i multimediów w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Jak wynika z przepisu art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług dostawa sprzętu komputerowego korzysta ze stawki 0% (przy spełnieniu określonych przepisami warunku art. 83 ust. 13-15)".

Wyjaśnienie: Podkreślić należy, co pomijają Kontrolujący, że nie każda dostawa sprzętu komputerowego korzysta ze stawki 0%. Przede wszystkim stawka 0% nie dotyczy przedmiotu zamówienia w zakresie: poz. 2 Laptop Lenovo ThinkPAD E550 - sztuk 169 - o wartości bez kwoty podatku 354.900 zł oraz poz. 10 Tablet Samsung Galaxy Tab 3 Lite 7.0" 8GB (Wi-fi) z etui - sztuk 41 o wartości bez kwoty podatku 15.416 zł. Podatek VAT od ww. sprzętu komputerowego wynosił 85.172,68 zł i podlegał on stawce 23%. Sprzęt ten nie jest bowiem wymieniony w załączniku nr 8 ustawy o VAT tj. nie są to jednostki centralne komputerów, serwery, monitory, zestawy komputerów stacjonarnych, drukarki, skanery, urządzenia komputerowe do pism Braille'a lub urządzenia do transmisji danych cyfrowych. Prawidłowo stawką VAT za poz. 2 i poz. 10 zamówienia była zatem stawka 23% niezależenie od spełnienia warunków określonych w art. 83 ust. 13-15 ustawy o VAT.

Na stronie 24. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i multimediów w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Z przedłożonej oferty nie wynika jakie stawki podatku VAT wykonawca zastosował w celu wyliczenia ceny oferty. Zamawiający nie wymagał dołączenia takiej informacji."

Wyjaśnienie: Postępowanie zamawiającego było prawidłowe, gdyż zamawiający nie ma obowiązku żądania informacji w przedmiocie stawki VAT. Takie rozwiązanie jest nawet zalecane w sytuacji, gdy zamawiający nie ma prawa do odliczenia podatku VAT. Zastosowana stawka podatku VAT jest dla Zamawiającego obojętna. Przykładowo takie zalecenia przedstawił arbiter Krajowej Izby Odwoławczej Sylwester Kuchno wskazując, że Wystarczy nie wymagać podania w formularzu ofertowym stawki podatku VAT, który wchodzi w skład podawanej ceny brutto. Na etapie składania ofert zamawiającemu (przynajmniej takiemu, który nie jest uprawniony do odzyskiwania VAT) informacja ta nie jest do niczego potrzebna. (Wspólnota: http://www.wspolnota.org.pl/aktualnosci/aktualnosc/stawki-vat-wzamowieniach-publicznych). Cytowana przez Kontrolującego Uchwała Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt III CZP 52/11 jest efektem rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Koninie postanowieniem z dnia 31 maja 2011 r.: "Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) i jest podstawą do odrzucenia oferty?"

Z powyższej uchwały podobnie jak z ustawy nie wynika natomiast obowiązek żądania podania przez wykonawcę stawki podatku VAT.

Zważyć należy, że zgodnie z Uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r. III CZP 54/06, zgodnie z którą: „W pierwszej kolejności należy odnieść się do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Zdefiniowano w nim pojęcie ceny jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą

kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Z przepisu tego wynika tylko tyle, że cena, a więc świadczenie, które kupujący zobowiązany jest zapłacić sprzedawcy, obejmuje podatek od towarów i usług, co oznacza, iż sprzedawca nie ma możliwości żądania dodatkowego świadczenia ponad uzgodnioną cenę, powołując się na to, że nie uwzględnia ona podatku od towarów i usług. Jeśli tak, to nie ulega wątpliwości, że przepis ten per se nie stwarza także podstawy prawnej, by w przypadku podwyższenia podatku od towarów i usług, które nastąpiło po zawarciu umowy, sprzedawca mógł żądać zapłaty odpowiednio zwiększonej ceny."

W przypadku żądania podania przez Zamawiającego wyłącznie ceny brutto to wykonawcę w całości obciąża zatem ryzyko zastosowania nieprawidłowej stawki VAT. Postępowania zamawiającego było zatem prawidłowe i przeniosło ryzyko zastosowania nieprawidłowej stawki VAT w całości na wykonawcę.

Na stronie 26. Protokołu Kontrolujący w odniesieniu do zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i multimediów w ramach projektu pn. „Wyposażenie pracowni do nauki przedmiotów matematyczno-przyrodniczych oraz językowych w szkołach miasta Tychy" wskazali, że: „Faktura została wystawiona z zastosowaniem stawki podatku VAT 23% dla wszystkim pozycji, czym naruszono przepis art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy o VAT."

Wyjaśnienie: Należy zaprzeczyć przede wszystkim, że z dokumentów postępowania nie wynika, że zostały spełnione wszystkie warunki określone w art. 83 ust. 13-15 ustawy o VAT niezbędne do zastosowania stawki podatku VAT 0%.

Po pierwsze w stosunku do dwóch pozycji: poz. 2 Laptop Lenovo ThinkPAD E550 - sztuk 169 - o wartości bez kwoty podatku 354.900 zł oraz poz. 10 Tablet Samsung Galaxy Tab 3 Lite 7.0" 8GB (Wi-fi) z etui - sztuk 41o wartości bez kwoty podatku 15.416 zł. Podatek VAT od ww. sprzętu komputerowego wynosił 85.172,68 zł i podlegał on stawce 23%, gdyż dostawy tego typu sprzętu nie obejmuje załącznik nr 8 ustawy o VAT.

Ponadto z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach i zgodnie z Uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r. III CZP 54/06 to w końcu na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowego określenia stawki podatku w wystawionej fakturze i tylko na nim ciąży odpowiedzialność z tytułu poczynionych błędów.

Ustawodawca posługując się bowiem w prawie zamówień publicznych pojęciem ceny, wyraźnie wskazał, odsyłając w tym zakresie do ustawy o cenach, że istotna dla całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest cena brutto, zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ilekroć w ustawie jest mowa o cenie - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915 oraz z 2016 r. poz. 1823).

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów „w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym."

Samego faktu złożenia oferty zawierającej nieprawidłową stawkę podatku VAT przez wykonawcę nie można wiązać z zagrożeniem interesów zamawiającego. Niezależnie bowiem od wskazanej stawki VAT wykonawca będzie zobowiązany wykonać umowę na podstawie zaoferowanej ceny brutto. Jedyne konsekwencje nieprawidłowo określonej stawki podatku VAT spoczywają na wykonawcy, choć akurat w tym przypadku należy uznać, że taka sytuacja mieści się w zakresie ryzyka prowadzonej działalności gospodarczej i jako taka trudna by była do kwestionowania. Wykonawca wykonał umowę zgodnie ze złożoną przez siebie ofertą.

Zamawiający również w tym zakresie zatem postąpił prawidłowo nie kwestionując wystawionej faktury. Przed wybraniem najkorzystniejszej oferty zwiększył on bowiem kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia z kwoty 990.00 zł do kwoty: 1.072.744,50 zł. Oznacza to, że uwzględnił, że ostateczną cenę stanowiła suma kwoty wskazanej w formularzu ofertowym: 987.571,82 zł brutto i podatku VAT, objętego informacją o odwrotnym obciążeniu podatkowym 85.172,68 zł. Kwoty te znalazły odzwierciedlenie w umowie i w obu przedstawionych przez wykonawcę kalkulacjach cenowych.

DYREKTOR
Miejskiego Centrum Oświaty
w Tychach
[redacted]