TYCHY

GMINA MIASTA TYCHY
al. Niepodległości 49; 43-100 Tychy
tel. 32 776 33 33; fax 32 776 33 44
www.umtychy.pl; poczta@umtychy.pl
NIP: 646 00 13 450; REGON: 276255507

WYDZIAŁ KONTROLI

Tychy, dnia 23 maj 2018 r.

DUK.1711.5.2018

mgr [redacted]
Dyrektor
Miejskiego Centrum Oświaty
w Tychach

W odpowiedzi na uwagi wniesione do protokołu nr DUK.1711.5.2018 z dnia 10.05.2018 r. informuję co następuje:

Wyjaśnienia dotyczące braku wskazania ustalonej wartości zamówienia na obsługę procedur przetargowych przedmiotowego projektu o treści „*Jak wynika z treści przedmiotowej dokumentacji w jej treści znajdowały się wyceny zamówienia od różnych kancelarii prawnych na kwotę 39 360 zł brutto, 42 000 zł brutto oraz 35 000 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”* w świetle niżej przytoczonych argumentów nie znajdują uzasadnienia.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 pzp, przepisów tej ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Przy udzielaniu takich zamówień nie mają zastosowania przepisy pzp, w tym dotyczące wnoszenia środków ochrony prawnej (odwołanie, skarga). **Wyjątkiem są przepisy dotyczące ustalania wartości zamówienia. W celu ustalenia, czy do określonego zamówienia stosuje się przepisy pzp, zamawiający ustala wartość tego zamówienia na podstawie art. 32-35 pzp.**

Ponadto zgodnie z postanowieniem KIO z 21.11.2008 r. (KIO/UZP 1237/08) wobec braku przepisów, które wskazywałyby sposób weryfikacji danych uzyskanych w wyniku rozeznania rynku, za dopuszczalne przyjąć należy oparcie się przez zamawiających przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia w szczególności zarówno na najniższej, najwyższej, średniej wycenie, jak i na wycenie średniej po odrzuceniu wartości skrajnych.

Ponadto zgodnie z art. 32 ust 1 ustawy pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, a wskazane powyżej kwoty są wartościami brutto czyli z podatkiem od towarów i usług.

Ustawa pzp 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. Przyjąć jednak należy, iż na potrzeby ewentualnych kontroli prawidłowości udzielania zamówień publicznych czynność szacowania wartości zamówienia należy udokumentować na piśmie. W praktyce najczęściej sporządzana jest notatka służbowa z szacowania wartości zamówienia, w której wskazuje się m.in. kiedy i kto sporządził szacunek oraz na jakiej podstawie. Do notatki dołącza się oferty handlowe, tj. foldery, wydruki ze stron internetowych, pisemne oferty, itp.

W opinii prawnej **„Dopuszczalność zwracania się do wykonawców o przedstawienie cen zamawianych usług jako podstawa sposobu szacowania wartości zamówienia”** Urząd Zamówień Publicznych stwierdza, że „Zasada oszacowania wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością dopuszcza możliwość, iż zamawiający, nie mogąc we własnym zakresie oszacować wartości przedmiotu zamówienia, zwróci się do podmiotów profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem określonej działalności o dokonanie wstępnej kalkulacji

kosztów wynagrodzenia należnego wykonawcy zamówienia publicznego. Należy podkreślić, iż czynność oszacowania wartości przedmiotu zamówienia należy do zadań zamawiającego i nie jest on związany kalkulacjami przedstawionymi przez podmioty, do których o ich sporządzenie się zwrócił. Kalkulacje te mają charakter informacyjny i mogą służyć jedynie rozpoznaniu cen na rynku w zakresie przedmiotu zamówienia. W oparciu o nie zamawiający we własnym zakresie dokonuje czynności oszacowania wartości przedmiotu zamówienia". Ustalenie wartości zamówienia jest jedną z czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na jej doniosłe znaczenie wskazuje, m.in. art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, według którego naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości. Oszacowanie wartości zamówienia zgodnie z regułami określonymi w pzp może okazać się niewystarczające w przypadku braku posiadania odpowiedniej dokumentacji pozwalającej na udowodnienie wskazanej okoliczności. Dlatego zamawiający powinien rzetelnie udokumentować podjęte czynności (uchwała KIO z 5 stycznia 2015 r., KIO/KD 111/14).
Powyższe stanowi również argumentację do wyjaśnień złożonych odnośnie uwag zawartych na stronie 8 oraz na stronie 13 protokołu.

Wyjaśnienie o treści "*obowiązek wskazania osób upoważnionych przez wykonawcę do udziału w przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania nie wynika z żadnego przepisu prawa"* wydaje się być nietrafione w kontekście art. 18 ust. 2 ustawy pzp, który w sposób szczególny przewiduje możliwość pisemnego powierzenia pracownikom zamawiającego wykonywania czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego, natomiast nie zakazuje powierzania tych czynności osobom, nie będącym pracownikami zamawiającego w sytuacji, gdy zgodnie z uprawnieniem wyrażonym w art. 15 ust. 2 ustawy pzp zamawiający powierza przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Zgodnie z orzeczeniem GKO w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z 13.02.2017 r. sygn. akt BDF1.4800.81.2016 wszystkie czynności dotyczące zamówienia publicznego należą do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, więc do dokonania tychże czynności potrzebne jest pełnomocnictwo rodzajowe, zgodnie z art. 98 ustawy Kodeks cywilny. Przepis ten, w wierszu drugim stanowi, że „Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności". Komisja orzekająca uznała, że warunkiem odpowiedzialności osoby innej, niż kierownik jednostki, za udzielenie zamówienia publicznego, jest wyraźne i niebudzące wątpliwości powierzenie tych czynności takiej osobie (art. 18 ust. 2 ustawy pzp). **Osoba trzecia działa w imieniu i bezpośrednio na rzecz zamawiającego, a podjęte przez nią działania są wiążące dla zamawiającego i są traktowane jako działania samego zamawiającego**. Prawo zamawiającego do ustanowienia swojego pełnomocnika podkreśla także Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 815/12): „skoro z przepisu art. 15 ust. 2 pzp wynika uprawnienie do udzielenia pełnomocnictwa do dokonywania wszelkich czynności związanych z postępowaniem, to tym bardziej mocodawca uprawniony jest do udzielenia pełnomocnictwa zawierającego węższy zakres czynności."

Zapis w protokole, iż nie były powoływane komisje przetargowe jest tylko informacją, a nie zarzutem. Zgodnie z bowiem z art.19 ust. 2 „Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową".

Ponadto zauważa się, iż zapisy zawarte w protokole dotyczące ilości przeprowadzonych postępowań przetargowych oraz równoważności produktów były tylko informacjami nie wymagającymi wnoszenia wyjaśnień.

W odpowiedzi na wyjaśnienie dot. zarzutu zmiany warunku wiedzy i doświadczenia w postępowaniu na dostawę wraz montażem pracowni językowych dosłownie z sugestią wykonawcy, kontrolujący zauważa, iż przywołana w wyjaśnieniu teza wynikająca z wyroku KIO 689/15; KIO 701/15 dotyczy sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku „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."
Odnosząc się do wyjaśnienia „*Zamawiający uwzględnił sugestię wykonawcy, gdyż uznał ją za słuszną. W skład wyposażenia zamawianych pracowni językowych wchodzą przede wszystkim urządzenia multimedialne*" zauważa się, iż dostawa sprzętu multimedialnego w ramach przedmiotowego projektu była objęta odrębnym postępowaniem przetargowym. Zgodnie z definicją „multimedia" stanowią połączenie kilku różnych form przekazu informacji (tekstu, dźwięku, grafiki, animacji, wideo) w celu dostarczania odbiorcom informacji lub rozrywki. Termin „multimedia" ma również zastosowanie w mediach elektronicznych służących do rejestrowania oraz odtwarzania treści multimedialnych. Jak wskazuje definicja jest to bardzo ogólne pojęcie, klasyfikowane wg CPV pod nr 32.32.20.00-6. W ogłoszeniu w przedmiocie zamówienia zgodnie z wspólnym słownikiem zamówień wskazano CPV: 39.16.21.00-6 - pomoce dydaktyczne, 39.00.00.00-2 – meble, 48.00.00.00 – pakiety oprogramowania i systemy informatyczne. Wobec powyższego trudno uznać za zasadną zmianę spełnienia warunku z dostawy pracowni językowych na dostawę sprzętu multimedialnego, która zdaje się odbiegać od przedmiotu zamówienia i tym samym warunek ten nie spełnia wymogu proporcjonalności.
Za teoretyczne należy uznać twierdzenie, że zamawiający dokonując zmiany rozszerzył dostępność zamówienia dla większej liczby potencjalnych wykonawców skoro wpłynęła tylko jedna oferta. Równocześnie można postawić tezę, że postawiony pierwotny warunek był nie do spełnienia przez żadnego wykonawcę, a po zmianie (wg sugestii wykonawcy) tylko przez tego wykonawcę.
Zauważa się ponadto, że skoro zamawiający oszacował koszt dziewięciu pracowni na kwotę 180 000 zł (czyli wartość pracowni to około 20.000 zł), to już pierwotnie określony warunek określający wartość dostawy pracowni był nieadekwatny do wartości zamówienia ponieważ wymagał potwierdzenia dostaw pracowni o wartości minimum 160 000 zł w ramach których dostarczono min 5 pracowni, co przy szacunku wartości jednej pracowni na kwotę 20 000 zł, dla min 5 wymaganych pracowni stanowiłoby wartość 100 000 zł.
Kontrolujący pisząc o wypełnieniu przez wykonawcę warunku na minimalnym poziomie miał na myśli ilość dostarczonych pracowni, tj. w wykazie dostaw wykonawca wymienił 3 pracownie w ramach jednej dostawy i 2 w ramach drugiej. Trudno natomiast odnieść się do wartości dostaw ponieważ co prawda w załączniku nr 6 do SIWZ wykazano dostawy o wartości 339 518,19 zł i 751 246,20 zł podczas gdy z referencji wynika, iż w pierwszej referencji wartość pracowni to kwota 70 110 zł, a tablic interaktywnych i projektorów multimedialnych to kwota 70 463,63 zł (razem 140 573,63 zł). W referencji tej wykazano ponadto laptopy wraz z oprogramowaniem o wartości 88 395,20 zł i zestawy kloców lego o wartości 110 549,37 zł. Druga referencja potwierdza tylko łączną kwotę dostawy i wymienia jej przedmiot, tj. tablice interaktywne, projektory, zestawy komputerowe, laptopy, drukarki, pracownie językowe, oprogramowanie edukacyjne bez podania ich wartości.

Wyjaśnienie dot. załącznika nr 6 SIWZ o treści: *„w ocenie zamawiającego załącznik nr 6 nie wymagał zmian bowiem 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." stoi w sprzeczności z art. 38 ust. 4 pzp., w myśl którego dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie. Wobec faktu, iż załączniki stanowią integralną część SIWZ powyższe dotyczy również załączników. Zauważa się, iż w powyższym postępowaniu dokonując zmiany załącznika nr 1 informację tę zamieszczono na stronie internetowej zamawiającego, a nie uczyniono tego względem załącznika nr 6 – wykaz dostaw wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat. Zgodnie z SIWZ załącznik nr 6 stanowił integralną część oferty. Tymczasem w złożonej ofercie znajdował się załącznik nr 6 w którym wykazano w tabeli o nazwie wykaz wykonanych dostaw kompletnych pracowni językowych dostawę z opisem przedmiotu zamówienia „montaż pracowni językowych, wyposażenia dydaktycznego" oraz drugą dostawę z opisem przedmiotu zamówienia „montaż pracowni językowych", podczas gdy w zmienionym SIWZ wykonawca dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia miał wykazać dwie dostawy sprzętu multimedialnego o wartości 160 000 zł każda z dostaw.

Wyjaśnienie dotyczące odrzuconej oferty firmy Infomiks Sp. z o.o. jest zdaniem przytoczonym z protokołu kontroli z dnia 10.05.2018 r.

Wyjaśnienie o treści „*Na etapie kontroli przez Instytucję Zarządzającą zamawiający wskazał, że wprowadzenie zmian w programie nauczania (np. zapowiadana likwidacja gimnazjum) będzie wymagało aktualizacji poprzez zmiany dostosowujące do nowego programu nauczania. Obydwaj producenci potwierdzili, że z ich strony jest gotowość zapewnienia takiej aktualizacji na zasadach odrębnej umowy sprzedaży z podmiotem, który pośredniczy w sprzedaży programów. Nie było natomiast możliwości ustalenia u wszystkich producentów gotowości zaoferowania aktualizacji oprogramowania*" tym bardziej potwierdza fakt niewłaściwego wyboru kryterium oceny oferty w postaci bezpłatnej aktualizacji. Skoro na etapie kontroli przez Instytucję Zarządzającą czyli po ogłoszeniu przetargu (a tym samym ustaleniu kryterium oceny) zamawiający uzyskuje informację o gotowości dwóch producentów do zapewnienia aktualizacji powstaje pytanie w jaki sposób oferenci mieli zadeklarować możliwość aktualizacji oprogramowań skoro producenci dopiero wyrazili gotowość do ewentualnej aktualizacji, a tym bardziej jak w tej sytuacji zastosować aktualizacje jako kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do wyjaśnienia o treści: „Wzór oferty stanowiący załącznik do SIWZ, stanowi jedynie wzór, który mogą zastosować wykonawcy. Istotna jest treść SIWZ, umowy i treści oferty. Zgodnie z art. 144 zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treść i 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."
Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ oferta musi zawierać ofertę cenową przygotowaną zgodnie ze wzorem podanym w załączniku nr 4 SIWZ. Trudno więc zgodzić się z twierdzeniem, że oferta stanowi wzór który mogą stosować wykonawcy. Ponadto stwierdzona niezgodność wzoru oferty z *zapisami SIWZ i umową dotyczyła treści oferty, tj. okresu rękojmi, a nie względów formalnych.* Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ (KIO 2478/13 z 13 listopada 2013 r.).

W zakresie wyjaśnienia dot. wartości szacunkowej zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego i multimediów o treści: „*wartość szacunkowa zamówienia to kwota 950 000 zł brutto, a nie jak podają kontrolujący 850 000 zł*" zaznaczam, iż kontrolujące wskazały w protokole kwotę wynikającą z notatki z ustalenia wartości szacunkowej z dnia 31.08.2015 r.,

a następnie w protokole zamieszczono wyjaśnienia MCO, że średnia arytmetyczna złożonych ofert cenowych wynosiła 950 000 zł, a nie jak omyłkowo wskazano w notatce 850 000 zł.
Skoro jak twierdzi zamawiający wartość szacunkowa to kwota 950 000 zł to wobec tego dlaczego w protokole z postępowania podana jest wartość zamówienia w wysokości 990 000 zł (wartość szacunkowa zamówienia nie może zostać zmieniona w trakcie postępowania). Taką wartość zamawiający wskazał również w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w kwocie netto, tj. 804 878,05 zł. Zauważa się, iż wartość jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienie nie jest wartością szacunkową zamówienia.

W odniesieniu do wyjaśnienia dotyczącego informacji o powstaniu obowiązku podatkowego należy wskazać, iż w okresie toczącego się postępowania Miejski Zarząd Oświaty w Tychach nie był zarejestrowany jako podatnik VAT czynny. Zatem w przedmiotowym postępowaniu nie zachodziły przesłanki do zastosowania mechanizmu „odwrotnego obciążenia”**,** określonego w art. art. 17 ust. 1 pkt. 7 ustawy o podatku od towarów i usług (dalej: ustawa o VAT), który stosowany jest do transakcji sprzedaży towarów wymienionych w załączniku nr 11 do ustawy. Ustawodawca wskazał, aby ograniczyć nadmierne stosowanie „odwrotnego obciążenia”, w przypadku towarów wymienionych w pozycjach nr 28a – 28c załącznika nr 11 (sprzętu elektronicznego), że mechanizm ten będzie stosowany dla jednolitych gospodarczo transakcji o wartości powyżej 20.000 euro. Jak już wskazano w protokole kontroli opodatkowanie odwrotnym obciążeniem od 1 lipca 2015 r. występuje wyłącznie w sytuacji, kiedy nabywcą jest podatnik, o którym mowa w art. 15, zarejestrowany jako podatnik VAT czynny. Do 30 czerwca 2015 r. wystarczyło, aby nabywcą był podatnik, o którym mowa w art. 15. Zatem należy zwrócić uwagę na to, iż dostawa towarów wymienionych w załączniku nr 11 będzie opodatkowana na zasadach ogólnych przez dostawcę dopiero wtedy, gdy sprzeda on towar podmiotowi niebędącemu podatkiem VAT czynnym – jak to powinno zostać przeprowadzone w przedmiotowym postępowaniu.
Natomiast w zakresie zamówień publicznych, zgodnie z art. 91 ust 3a ustawy Prawo zamówień publicznych: „Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający **w celu oceny takiej oferty** dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić 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”. Ustawodawca nie przewidział żadnej specjalnej formy dla powyższego oświadczenia wykonawcy, wskazując jedynie, iż informacja taka winna być złożona wraz z ofertą. Ponadto informacja o obowiązku podatkowym zamawiającego winna zostać złożona w formie pisemnej, zgodnie z art. 9 ustawy pzp.
W świetle powyższego wątpliwość budzi fakt umieszczenia w ofercie zapisu, iż: *„Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą informacji o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług (VAT) wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.* ***Niezłożenie przez wykonawcę informacji będzie oznaczało, że taki obowiązek nie powstaje****”.*
Ww. klauzula stoi w sprzeczności z art. 91 pkt 3a gdyż daje możliwość **nie złożenia** przez wykonawcę ww. informacji. Powyższe jest niezgodne z wyrokiem KIP 2411/15 z dnia 23 listopada 2015 r., gdzie Izba stwierdziła, iż ustawodawca używając określenia „*czy wybór oferty będzie prowadził…”* jednoznacznie wskazał, że wykonawca winien złożyć wraz z ofertą informację pozytywną lub negatywną. Gdyby bowiem celem ustawodawcy był wyłącznie nałożenie na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia pozytywnego (tj. wyłącznie oświadczenia o powstaniu obowiązku podatkowego u zamawiającego), to zbędne byłoby posłużenie się określeniem „czy”. Ustawodawca nie wprowadził szczególnego trybu postępowania w związku z brakiem złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 91 ust. 3a

ustawy pzp. W związku z tym sięgnąć należy do istniejących regulacji. W ocenie Izby oświadczenia wykonawcy wynikające z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp jest częścią szeroko rozumianej oferty wykonawcy. Winno być one złożone wraz z ofertą, jest oświadczeniem wykonawcy o przyjętej przez niego wykładni przepisów ustawy o podatku od towarów i usług i ich wpływu na sposób obliczenia ceny. Brak złożenia stosownego oświadczenia winien być wyjaśniony przez zamawiającego właśnie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp".
W wyjaśnieniach do protokołu wskazano, iż*„(…) wydaje się zatem, iż taka informacja powinna znaleźć się w formularzu ofertowym oraz SIWZ (podobnie zob. złożenie listy podmiotów należących do grupy kapitałowej). Zatem wykonawca musi zostać poinformowany o tym obowiązku przez zamawiającego (…). Postępowanie zamawiającego polegające na umieszczeniu żądania w treści SIWZ było zatem prawidłowe ".* Jak sam wyjaśniający stwierdził tylko wydaje się zasadnym umieszczenie tej informacji w formularzu ofertowym. Zgodnie z ww. wyrokiem „ustawodawca w art. 91 ust. 3a ustawy pzp statuuje dwa obowiązki odnoszące sie do dwóch odrębnych podmiotów. W pierwszej bowiem części przywołanej regulacji nakłada na zamawiającego obowiązek doliczenia do przedstawionej przez wykonawcę ceny podatku od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć w przypadku, gdy wykonawca złożył ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatki od towarów i usług. W drugiej zaś części przywołanej regulacji ustawodawca statuuje obowiązek wykonawcy wskazując, iż to właśnie wykonawca informuje zamawiającego czy wybór jego ofert będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego". Zatem w myśl art. 91 ust. 3a pzp brak umieszczenia w SIWZ zapisu informującego o konieczności umieszczenia w ofercie ww. informacji nie powoduje zniesienia tego obowiązku. Informacje, o których mowa stanowią element oferty, zatem możliwe jest wystąpienie w trybie art. 87 ust 1 pzp o złożenie odpowiednich wyjaśnień.
Wobec powyższego kontrolujące podtrzymują stwierdzenie, iż 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 nie wynikało z żadnych przepisów prawa i mogło dodatkowo wprowadzić wykonawców w błąd.
Mając na uwadze, iż to na zamawiającym ciąży odpowiedzialność za postępowanie podczas ogłaszanych postępowań oraz fakt posiadania wiedzy przez zamawiającego, iż w przedmiotowym postępowaniu brak jest przesłanek do powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego, a w toku postępowania złożono ofertę wraz z informacją z dnia 8.10.2015 r. o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego wraz z nabyciem laptopów oraz tabletów, wątpliwość budzi fakt nie wezwania oferenta w trybie art. 87 ust 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy pzp. Ponadto dopiero w dniu podpisania umowy, tj. 14.10.2015 r. skierowano do wykonawcy informację, iż zamawiający nie jest czynnym podatnikiem VAT
W wyjaśnieniach do protokołu wskazano również: *„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".* Wskazano także, iż *„zamawiający również w tym zakresie postąpił prawidłowo. Przed wybraniem najkorzystniejszej oferty zwiększył on bowiem kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia z kwoty 990 000 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".*
Zauważa się, iż mechanizm rozliczania podatku od towarów i usług, tj. odwrotne obciążenie określony w art. 17 ust 1 pkt 7 ustawy o podatku od towarów i usług, polega na tym ,iż dla transakcji krajowych dotyczących określonych grup towarów obowiązek wykazania podatku należnego i jego odprowadzenia do Urzędu Skarbowego ciąży na nabywcy, a nie na dostawcy.

Ponadto z art. 91 ust 3a ustawy Prawo zamówień publicznych jasno wynika, iż: (…) zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. W powyższej sytuacji, w której nie miało zastosowania odwrotne obciążenie wynagrodzenie wykonawcy nie stanowiło ceny brutto określonej w ofercie tylko cenę brutto wskazaną w ofercie plus podatek VAT od towarów wskazanych w informacji o odwrotnym obciążeniu, co nie jest adekwatne do przytoczonego przez wyjaśniającego przepisu.

W kwestii prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT zaszło nieporozumienie w odczytaniu, przez składającego wyjaśnienie, zapisów zawartych w protokole kontroli, gdyż kontrolujące nie zarzuciły zastosowania stawki 23% do poz. 2 (laptop) oraz poz. 10 (tablet z etui) do których ma zastosowanie mechanizm odwrotnego obciążenia. W zestawieniu tabelarycznym na str. 25 protokołu wymieniono towary w podziale na te do których ma zastosowanie stawka 0% i odrębnie na te do których ma zastosowanie odwrotne obciążenie. W protokole dokładnie przytoczono towary, wymienione w załączniku 8 do ustawy o podatku od towarów i usług, podlegające stawce 0%, a które były m.in. przedmiotem zamówienia (cyt: str. 22 – 23: „Jest to następujący sprzęt :

- jednostki centralne komputerów, serwery, monitory, zestawy komputerów stacjonarnych,
- drukarki,
- skanery,
- urządzenia komputerowe do pism Braille'a (dla osób niewidomych i niedowidzących),
- urządzenia do transmisji danych cyfrowych (w tym koncentratory i switche sieciowe, routery i modemy).

W odniesieniu do wyjaśnienia, iż „*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 (…) W przypadku żądania podania przez zamawiającego wyłącznie ceny brutto to wykonawcę w całości obciąża zatem ryzyko zastosowania nieprawidłowej stawki VAT. Postępowanie zamawiającego było zatem prawidłowe i przeniosło ryzyko zastosowania nieprawidłowej stawki VAT w całości na wykonawcę”.*
Na wstępie należy stwierdzić, iż w odniesieniu do wyjaśnienia kontrolowanego w zakresie złożenia oferty wraz z informacją o powstaniu odwrotnego obciążenia i braku reakcji z jego strony, co wyjaśniono powyżej, budzi wątpliwość przytoczenia teraz słów „Takie rozwiązanie jest nawet zalecane w sytuacji, gdy zamawiający nie ma prawa do odliczenia podatku VAT”. Zatem zamawiający wprowadził oferenta w błąd i dopiero w momencie wyboru oferty, przed podpisaniem umowy poinformował, iż nie jest czynnym podatnikiem VAT.
W odniesieniu do przedstawionego wyjaśnienia powyższej kwestii zdaniem kontrolujących przerzucenie na wykonawcę obowiązku zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT bez możliwości jej weryfikacji przez zamawiającego może rodzić szereg problemów praktycznych związanych z prawidłowym porównaniem ofert. Przepis art. 18 pzp wprowadza obowiązek dla zamawiającego do prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia publicznego, w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, z zachowaniem jednocześnie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zawartej w art. 7 ust. 1 pzp. Zatem realizacja tej zasady byłaby fikcją gdyby zamawiający nie miał możliwości porównania ofert, przy czym kryterium decydującym o wyniku porównania jest, co należy podkreślić, w zasadzie zawsze cena, co zawarł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r (sygn. akt III CZPO 53/11). Zgodnie z art. 91 ust 2 ustawy cena bowiem może być albo wyłącznym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej albo też stanowić równoważne kryterium tej oceny. W powołanym w protokole kontroli wyroku Sądu Najwyższego o sygn. akt III CZP 52/11 wskazano, iż przez cenę zgodnie z art. 2 pkt. 1 pzp należy rozumieć cenę w rozumieniu ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97 poz. 1050 z późn. zm.), a w tej cenie uwzględnia się, m.in. podatek VAT. W świetle powyższego podatek VAT jest niewątpliwie składnikiem ceny stanowiącym

zatem element cenotwórczy, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o wysokości tej ceny. Powyższe już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Do obowiązków zamawiającego należy zatem dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert, m.in. także w zakresie uwzględnionego w nich podatku VAT, w tym obowiązek poprawienia oferty w tej części, a nawet jej odrzucenia (art. 87 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 6 pzp), gdy zawierają one błędy.
Zgodne z treścią przytoczonych uchwał Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. wynika, iż „Jeżeli zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp., o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Ustawowy obowiązek zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.”
Powyższe argumenty prowadzą do stwierdzenia, iż nie do zaakceptowania jest sytuacja uznania ofert z różnymi stawkami VAT za prawidłowe. Oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT. Zatem zamawiający nie wymagając podania stawki podatku VAT jaką wykonawca zastosował do wyliczenia ceny nie byłby w stanie zapewnić porównywalności ofert, w sytuacji złożenia ich przez kilku oferentów, a tym samym zapewnienia równego traktowania oferentów. Nie można zatem zgodzić się z wyjaśnieniami, iż nie należy wymagać w ofercie podania stawki VAT.

W zakresie ostatniego wyjaśnienia stwierdza się, iż kontrola nie zarzuciła wystawienia faktury ze stawką 23 % dla poz. 2 laptop Lenovo oraz poz. 10 Tablet, natomiast jak już wyżej wspomniano stwierdziła nieprawidłowości odnośnie przeprowadzenia procedury postępowania w zakresie mechanizmu odwrotnego obciążenia, które nie mogło mieć miejsca w związku z faktem, iż MCO nie było w tym okresie czynnym podatnikiem VAT.
Faktura została wystawiona ze stawką 23 % również w zakresie towarów dla których prawidłowym było zastosowanie stawki preferencyjne 0% w związku z nabyciem dostawą tych towarów dla szkół. Ponadto oferta jak wynika z przytoczonych w protokole kalkulacji cenowych pierwotnie złożona została z prawidłową stawką 0 % dla odpowiednich towarów.

N A C Z E L N I K
Wydziału Kontroli
/-/ mgr [redacted]