

GMINA ŁASK
ul. Warszawska 14
98-100 Łask

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA PRZETARGOWEGO

OKS.271.3.2019

Łask, 23.12.2019 r.

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest **Dostawa sprzętu komputerowego i elektronicznego oraz oprogramowania dla realizacji projektu „Poszerzamy horyzonty – wsparcie szkół podstawowych z terenu gminy Łask”***

Gmina Łask, działając zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) – dalej Pzp, zawiadamia, że unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w rozdz. XII – Opis sposobu obliczania ceny, w ust. 2. wymagał aby Wykonawcy załączyli do oferty wypełniony formularz cenowy. W kolumnie 7. pn. „VAT%” Zamawiający nie określił stawki podatku VAT, która powinna zostać uwzględniona przez wykonawców w składanych przez nich ofertach. W związku z tym wykonawcy winni ustalić właściwą stawkę podatku VAT i zastosować ją przy obliczeniu ceny oferty, wiedząc, że w razie błędnego jej określenia, Zamawiający nie dokona jej poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku m.in. przyjęcia do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT.

W trakcie postępowania wpłynęło do Zamawiającego zapytanie o treści:

„Czy Zamawiający będzie ubiegał się o stawkę VAT 0% dla placówek oświatowych dla sprzętu komputerowego przeznaczonego dla celów edukacyjnych? Jeśli tak, to czy Zamawiający jest w stanie przedstawić stosowne zaświadczenie, pozwalające na zastosowanie stawki podatku VAT 0% dla sprzętu wymienionego załączniku nr 8 do ustawy o podatku VAT, co umożliwi wszystkim wykonawcom zastosowanie w odpowiednich pozycjach stawki podatku VAT 0%.”

Zamawiający, biorąc pod uwagę, iż:

1. to Gmina Łask jest stroną umowy,
2. obniżone stawki podatku VAT mają charakter wyjątkowy i powinny mieć zastosowanie do dostaw wskazanych wprost w ustawie o podatku od towarów i usług (zwana dalej ustawą o VAT), lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy. Ich stosowania nie można domniemywać. Podstawa do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0% musi być zatem wykazana w sposób niebudzący wątpliwości,
3. prawo do zastosowania stawki 0% przy sprzedaży sprzętu komputerowego dla szkół jest obwarowane wieloma warunkami m.in. (art. 83 ust. 14 ustawy o VAT):

- a) posiadania stosownego zamówienia potwierdzonego przez organ nadzorujący daną placówkę oświatową, zgodnie z odrębnymi przepisami w przypadku dostawy, o której mowa w ust. 1 pkt 26 lit. a ustawy o VAT;
- b) posiadania kopii umowy o nieodpłatnym przekazaniu sprzętu komputerowego placówce oświatowej oraz 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. b ustawy o VAT;

udzielił następującej odpowiedzi (zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 02.12.2019 r.):

„Zamawiający nie posiada stosownego zaświadczenia i nie będzie się ubiegał o stawkę 0% VAT.”

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty.

Oferta nr 1 w formularzu cenowym w części A. poz. 7, w części B. poz. 6-9, 11, 12, 22, 26,27, 29, w części C. poz. 2, w części D. poz. 5 (s. 6 i 7 oferty), zawiera stawkę podatku VAT 0%, natomiast w ofercie nr 2 w tych samych pozycjach jest zastosowana stawka 23%.

Następnie w dniu 09.12.2019 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy, który złożył ofertę nr 1 o wyjaśnienie jej treści w zakresie zastosowania stawki podatku VAT 0%, która jest niezgodna z wyjaśnieniami Zamawiającego.

Zamawiający był przekonany, że firma wskazała błędną stawkę podatku VAT (0% zamiast 23%) co stanowi błąd, który nie może zostać poprawiony stosownie do art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i będzie obligował Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wykonawca udzielił ogólnej odpowiedzi i nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, iż w przedmiotowym postępowaniu to stawka 0% do części dostaw objętych zamówieniem, jest zgodna z przepisami prawa.

W wyniku przeprowadzenia ponownej weryfikacji prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT, Zamawiając, na podstawie interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 18 kwietnia 2018 r. nr 0114-KDIP1-1.4012.192.2018.1.RR w zakresie interpretacji przepisów prawa podatkowego dotyczącej podatku od towarów i usług w zakresie prawa do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0% dla dostawy sprzętu komputerowego – stwierdził, że zastosowanie stawki 0% jest prawidłowe.

Z interpretacji wynika, że jeżeli sprzęt przeznaczony jest dla szkół publicznych, to Wykonawca jest uprawniony do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004, nr 54, poz. 535, z późn. zm.). Stosownie do art. 83 ust. 13 ustawy, opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% podlegają towary wymienione w załączniku nr 8 do ustawy. W załączniku nr 8 do ustawy, stanowiącym wykaz towarów, których dostawa jest opodatkowana stawką 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy, wymienione zostały:

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).

Można więc zastosować 0% stawkę podatku VAT, gdyż transakcja zakupu jest udokumentowana zamówieniem, wystawionym przez jednostkę oświatową, a zamówienie jest

potwierdzone przez jej organ nadzorujący tj. gminę. Nie ulega wątpliwości, że zakup jest realizowany na potrzeby jednostki oświatowej.

Natomiast zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2012 r. o sygn. akt I SA/Gd/311/12 „stawka 0% VAT ma zastosowanie do dostaw sprzętu komputerowego, nie do placówek oświaty, a dla placówek oświaty. Istotą jest, aby sprzęt był przeznaczony dla placówki”.

Takie samo stanowisko potwierdza Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach z 18 listopada 2014 r. o numerze IBPP2/443-807/14/JJ: „W przedmiotowej sprawie, zauważyć należy przede wszystkim, iż jeżeli nabywany towar trafi do jednostek oświatowych zastosowanie znajdzie obniżona – tj. 0% - stawka podatku VAT (przy spełnieniu wszystkich określonych powołanymi przepisami warunków). Nie ma przy tym znaczenia, kto nabywa ww. towar, np. jednostka samorządu terytorialnego. Istotne bowiem jest, aby nabywane przez jednostki samorządu terytorialnego towary wymienione w załączniku nr 8 do ustawy o VAT były przeznaczone dla placówek oświatowych”.

Biorąc po uwagę powyższe Zamawiający stwierdził, że zastosowanie 23% stawki podatku VAT dla całego zamówienia jest wadliwe.

Właściwe ustalenie w ofercie przez wykonawcę stawki VAT odnoszącej się do konkretnego przedmiotu zamówienia podlega weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego. To Zamawiający, niezależnie od procedury rozliczania podatku VAT jest odpowiedzialny za prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego, mając także na względzie porównywalność ofert złożonych w postępowaniu. Dla zapewnienia przez zamawiającego porównywalności ofert, poddawanych ocenie w przyjętych przez zamawiającego kryteriach ich oceny, oferty powinny zawierać stawkę VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami. Zamawiający w ramach badania ofert jest zobowiązany do zbadania czy wykonawca prawidłowo zastosował stawkę podatku VAT w swojej ofercie, z uwagi na to, że podatek ten jest elementem cenotwórczym.

Zamawiający, w niniejszym postępowaniu, udzielił błędnej odpowiedzi na zapytanie, co spowodowało, że wpłynęły dwie oferty nieporównywalne, co wiąże się z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, i ma wpływ na wynik postępowania.

Jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11, o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł.

Zamawiający nie ma możliwości poprawienia, którejkolwiek z oferty w trybie przepisu art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Taka poprawka ceny oferty nie jest dopuszczalna z tego względu, że jest błędem w obliczeniu ceny, a nie omyłką niepowodującą istotnych zmian w umowie. Nadto, wymaga wskazania, że zmiana ceny poprzez wprowadzenie innej niż zaoferowana stawka podatku VAT spowodowałaby istotną zmianę treści oferty.

Wykonawca, który złożył ofertę nr 2 ze stawką 23%, zastosował się do wyjaśnień Zamawiającego i trwa w przekonaniu, iż Zamawiający winien odrzucić ofertę nr 1 i wybrać jego ofertę. Natomiast należy odrzucić ofertę nr 2 i wybrać ofertę nr 1, co będzie niezgodne z odpowiedzią na zapytanie udzieloną przez Zamawiającego.

Nie sposób rozstrzygnąć, którą z ofert Zamawiający powinien odrzucić, a którą wybrać. Błąd Zamawiającego sprawił, że cena oferty nr 2 została obliczona zgodnie z powołanym wyżej wyjaśnieniem do SIWZ, bowiem uwzględniała należnego podatku VAT 23% i błąd ten powodował, że złożone oferty z tego powodu stały się nieporównywalne.

Wada w postaci błędnego wyjaśnienia zapytania przez Zamawiającego na etapie postępowania uniemożliwia dokonanie oceny ofert w świetle kryteriów oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie sposób bowiem przesądzić bez naruszania wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którą ofertę odrzucić.

Jeżeli zatem Zamawiający popełnił błąd w powyższym zakresie, to należy przyjąć, że postępowanie podlega unieważnieniu.

Ponadto, w wyniku przeprowadzenia ponownej weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający stwierdził niewłaściwe jego opisanie poprzez wskazanie na konkretny produkt.

W załączniku nr 6 do siwz – opis przedmiotu zamówienia, w rozdz. III. Pkt 2 poz. 18 i 19 pn. oprogramowanie antywirusowe, w kolumnie 4 wskazał nazwę własną „Kasperski”, co uniemożliwiło złożenie oferty z produktem innych producentów niż Kasperski. Potwierdza to również fakt, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty zawierały produkty Kasperski. Opis przedmiotu zamówienia faworyzuje wyłącznie jednego wykonawcę kosztem wszystkich pozostałych zdolnych do zaspokojenia potrzeb zamawiającego.

Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez Zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi - konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek zamawiającego, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji może mieć wpływ na wynik postępowania.

Art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający może oprzeć opis przedmiotu zamówienia na znakach towarowych, patentach, pochodzeniu produktu w przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką danego zamówienia i zamawiający nie może w inny sposób opisać jego przedmiotu. Wskazanie więc znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco. W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający ich wskazania, zamawiający powinien się do tego zastosować.

Należy jednak zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dla poz. 19 w ogóle nie przewidział możliwości składania ofert równoważnych. Wskazując w siwz na konkretny produkt lub producenta poprzez wskazanie znaku towarowego, pomimo istnienia możliwości opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych, zamawiający naruszył art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu po otwarciu ofert w toku ich badania Zamawiający powziął wątpliwość, co do poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia pod kątem jego zgodności z art. 29 ustawy.

Wskazany opis przedmiotu zamówienia jest określony w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego.

Stwierdzić należy, że w przedmiotowym postępowaniu wystąpiło naruszenie przepisów art. 29 ustawy i art. 7 ust. 1 poprzez wadliwie skonstruowany opis przedmiotu zamówienia co w świetle powyższego niewątpliwie jest wadą i to wadą nieusuwalną, ponieważ termin składania ofert już minął.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że „Przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.” (tak KIO m.in. w wyroku z dnia 24 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2375/17, z dnia 25 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1435/17, z dnia 2 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2066/16).

W niniejszym postępowaniu niewątpliwie występuje wada polegająca na wadliwym wyjaśnieniu treści siwz oraz wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Wady te są przy tym niemożliwe do usunięcia. Upłynął już bowiem termin składania ofert, co uniemożliwia sanowanie wadliwych postanowień SIWZ poprzez zastosowanie procedury przewidzianej w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Skutkiem wady jest niemożliwość przeprowadzenia zgodnej z przepisami ustawy Pzp procedury oceny ofert (nadania im punktów w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert) i a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby nawet Zamawiający (czego nie uczyni) zdecydował się na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy z którymkolwiek z wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach postępowania, to umowa taka podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zarówno bowiem czynność oceny ofert (nieporównywalnych), jak i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonane zostałyby z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miało (a co najmniej mogło mieć) wpływ na wynik postępowania.

Z uwagi na powyżej wskazane okoliczności, wobec ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, postępowanie zostało unieważnione.

BURMISTRZ
Gabriel Szkuclarek
Gabriel Szkuclarek