

D/22/2017  
L.dz. DZP: 652/2017

Opole, 13.10.2017 r.

**Do:**  
**Uczestnicy postępowania**  
**o udzielenie zamówienia**  
**publicznego**

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej przekraczającej kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11. ust. 8. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwaną dalej „ustawą”, pn.: **Dostawa urządzeń aktywnych (przełączniki, systemy CWDM, routery) do obsługi Lokalnej Sieci Komputerowej Uniwersytetu Opolskiego oraz Miejskiej Sieci Komputerowej w Opolu, a także serwerów wraz z osprzętem i oprogramowaniem dla jednostek administracyjnych Uniwersytetu Opolskiego: część nr 2: Dostawa urządzeń do transmisji danych cyfrowych - systemu CWDM (16 lamd) wraz z interfejsami optycznymi SFP i XFP na potrzeby rozbudowy sieci LAN UO i MSK w Opolu; część nr 5: Dostawa 19 kompletów routerów z funkcją VPN na potrzeby modernizacji sieci LAN i IntraNET Uniwersytetu Opolskiego.**

- I. Na podstawie art. 92. ustawy, Zamawiający zawiadamia, że **w części nr 2 i w części nr 5** przedmiotowego postępowania **dokonano odrzucenia oferty nr 4**, złożonej przez Wykonawcę *FCA Spółka z o.o., ul. Grabska 11, 32-005 Niepołomice*:
1. na podstawie art. 89. ust. 1. pkt 6) ustawy, tj.: zawiera błąd w obliczeniu ceny.
  2. na podstawie art. 89. ust. 1. pkt 2) ustawy, tj.: jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

**UZASADNIENIE**

1. Zamawiający, w pkt. 18.3. SIWZ, określił Wykonawcy sposób obliczenia *Ceny oferty*, którą „*należy obliczyć, jako ryczałtowe wynagrodzenie złotych brutto Wykonawcy (brutto, tj.: z podatkiem VAT i innymi należnościami publicznoprawnymi zgodnie z obowiązującymi przepisami) (...)*”, a następnie jednoznacznie wskazał w pkt. 18.8. SIWZ, że Wykonawca w *Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ)* zobowiązany jest wskazać *Cenę* z uwzględnieniem podatku VAT według obowiązującej stawki. Jednocześnie w pkt. 18.5. SIWZ Zamawiający wskazał, że *podatek VAT należy obliczyć zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221)*, zwana dalej „ustawą o podatku od towarów i usług”.

Ponadto Zamawiający (w pkt. 18.6. SIWZ, pkt 18.7. SIWZ oraz spójnie z opisem przedmiotu zamówienia - dla danej części przedmiotowego postępowania), wskazał że sprzęt stanowiący przedmiot zamówienia, spełniający przesłanki określone w art. 83. ust. 1. pkt 26) ustawy o podatku może zostać objęty stawką podatku od towarów i usług w wysokości zero [ 0 ] procent [ % ] VAT.

Zatem zastosowanie podatku od towarów i usług w wysokości zero [ 0 ] procent [ % ] jest warunkowe, przyszłe i niepewne zależne od decyzji/potwierdzenia Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, dalej zwane „MNiSW”. Wykonawca zobowiązany był złożyć ofertę, ze stawką podatku od towarów i usług zgodną na dzień składania ofert, a nie po uwzględnieniu ewentualnego przyszłego i fakultatywnego zdarzenia.

Sprzętem spełniającym przesłanki określone w art. 83. ust. 1. pkt 26) ustawy o podatku może zostać objęty sprzęt, na który Zamawiający posiada stosowne zamówienie (umowę) potwierdzone przez organ nadzorujący daną placówkę oświatową (Zamawiającego), tj.: MNiSW.

W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany jest zawrzeć umowę (zamówienie) z Wykonawcą, na ceny ustalone zgodnie z obowiązującymi stawkami VAT, **a dopiero po potwierdzeniu przez MNiSW, może objąć sprzęt stanowiący przedmiot zamówienia podatkiem od towarów i usług w wysokości zero [ 0 ] procent [ % ]**.

Powyższe potwierdzają również zapisy § 4 *Projektu umowy* (załącznik nr 4 do SIWZ) dla przedmiotowego zamówienia, tj.:

- „2. Przedmiot umowy spełniający przesłanki określone w art. 83. ust. 1. pkt 26) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221) może być objęty stawką podatku od towarów i usług w wysokości zero [ 0 ] procent [ % ] VAT.
3. W przypadku, o którym mowa w § 4 ust. 2 umowy wynagrodzenie należne Wykonawcy, określone w § 4 ust. 1. umowy) za dostawę sprzętu objętego stawką podatku od towarów i usług w wysokości zero [ 0 ] procent [ % ] VAT płatne będzie w dwóch [ 2 ] transzach:
- 3.1. pierwsza [ 1 ] transza w wysokości wartości netto przedmiotu dostawy, płatna w terminie do trzydziestu [ 30 ] dni, licząc od dnia dostarczenia faktury wraz z podpisanym przez obie strony bezusterkowym protokołem odbioru,
- 3.2. druga [ 2 ] transza w wysokości wartości podatku od towarów i usług należnego za przedmiot dostawy – płatna w terminie do trzydziestu [ 30 ] dni od dnia powzięcia przez Zamawiającego informacji (zaświadczenia), w szczególności z Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego (MNiSW), że sprzęt nie jest przeznaczony dla placówki oświatowej i tym samym nie jest objęty stawką podatku od towarów i usług w wysokości zero [ 0 ] procent [ % ] VAT.”

Reasumując, Zamawiający nie wskazał konkretnej stawki podatku VAT, według której Wykonawca zobowiązany był wyliczyć cenę swojej oferty, a jedynie wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest wycenić przedmiot zamówienia zgodnie z obowiązującymi stawkami podatku VAT. Zamawiający na sprzęt stanowiący przedmiot zamówienia może otrzymać potwierdzenie z MNiSW, na zastosowanie podatku VAT w wysokości zero [ 0 ] procent [ % ], dla dostarczonego przez Wykonawcę sprzętu, **ale jest to zdarzeniem przyszłym i fakultatywnym**, zależnym od decyzji MNiSW. Wykonawca obliczając Cenę przedmiotu zamówienia, na etapie składania oferty, **nie może uwzględniać stawki VAT powszechnie nieobowiązującej, na której zastosowanie ma wiele czynników niezależnych od Wykonawcy**. Tym bardziej, że podatek VAT, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2017 r. (sygn. akt III CZP 52/11) jest składnikiem „Ceny stanowiącym element cenotwórczy, i co już na etapie składania ofert przez Wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT”.

Wykonawca FCA Spółka z o.o., ul. Grabska 11, 32-005 Niepołomice, złożył Zamawiającemu ofertę, ze wskazaniem Ceny, w której zastosował błędną stawkę podatku od towarów i usług w wysokości zero [ 0 ] procent [ % ], tj.: niezgodną z obowiązującymi przepisami, które stanowią, że przedmiotowy sprzęt jest objęty stawką VAT w wysokości dwadzieścia trzy [ 23 ] procent [ % ]. Zatem oferta nr 4, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2017 r. (sygn. akt III CZP 53/11), zawiera niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającą na wysokość ceny brutto, która niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Tym samym zgodnie z ustawą oferta nr 4 podlega odrzuceniu, gdyż zawiera błąd „polegający na wadliwym doborze przez Wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny”(sygn. akt III CZP 52/11), i nawet „w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony Wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny” (sygn. akt III CZP 53/11), który w przypadku niedochowania ustawowego obowiązku Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Wykonawcy zawierającej błąd w obliczeniu ceny skutkowałby rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

2. Zamawiający, w pkt. 20.1. SIWZ określił, że „Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, ma obowiązek zawarcia umowy, zgodnie z postanowieniami określonymi w Projekcie umowy - załączniku nr 4 do SIWZ oraz na warunkach podanych w swojej ofercie, tożsamy z specyfikacją, w terminie określonym przez Zamawiającego”.

Wykonawca FCA Spółka z o.o., ul. Grabska 11, 32-005 Niepołomice, złożył ofertę, w której zaproponował Cenę zawierającą błąd w obliczeniu.

Tym samym Wykonawca złożył ofertę, która w swej treści nie jest tożsama ze specyfikacją, a przede wszystkim z postanowieniami określonymi w *Projekcie umowy* (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz w *Formularzu ofertowym* (załącznik nr 1 do SIWZ), które w swoich postanowieniach jednoznacznie wskazują, że oferta Wykonawcy winna być złożona na wartość brutto wraz z podatkiem od towarów i usług (obliczonym zgodnie z obowiązującymi przepisami - ustawą o podatku od towarów i usług oraz obliczoną na dzień składania oferty), **a dopiero zgodnie z zapisami treści § 4 Projektu umowy, będzie możliwe rozliczenie netto**, tj.: płatności z tytułu wykonania przedmiotu umowy zostaną dokonane w *dwóch* [ 2 ] transzach: *pierwsza* [ 1 ] - na wartość netto, *druga* [ 2 ] - w wysokości podatku od towarów i usług. Przy czym *druga* [ 2 ] płatność zostanie dokonana w przypadku otrzymania z MNiSW informacji (*zaświadczenia*), że sprzęt nie jest przeznaczony dla placówki oświatowej i tym samym nie jest objęty stawką podatku od towarów i usług w wysokości *zero* [ 0 ] *procent* [ % ]. Wówczas wynagrodzenie Wykonawcy, zgodnie z § 4 ust. 4. *Projektu umowy* zostaje uregulowane w całości w *pierwszej* [ 1 ] transzy.

Zamawiający w SIWZ wraz z załącznikami wyczerpująco określił sposób rozliczenia się z Wykonawcą za zrealizowanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym, oferta Wykonawcy, której *Cena* błędnie nie zawiera obowiązującej stawki podatku od towarów i usług (zgodnej z ustawą o podatku od towarów i usług), jest niezgodna z SIWZ oraz z obowiązującymi przepisami (w zakresie obliczenia *Ceny*), co uniemożliwia zawarcie z Wykonawcą umowy na warunkach określonych w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z SIWZ oraz ogłoszeniem o zamówieniu nr 2017/S 156-323515 opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.08.2017 r.

W związku z powyższym oraz z uwzględnieniem wynikającej z ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, w zakresie zaproponowanej *Ceny*, należy stwierdzić o odrzuceniu oferty nr 4 Wykonawcy *FCA Spółka z o.o., ul. Grabska 11, 32-005 Niepołomice*, w części nr 2 i w części nr 5 przedmiotowego postępowania, jako w pełni uzasadnione i stanowiące ustawowy obowiązek Zamawiającego.

**KANCLERZ**

*mgr Zbigniew Budziszewski*