



## URZĄD MIASTA MILANÓWKA

Milanówek, dnia 19.12.2014 r.

TOM.271.1.23.2014

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP.271/27/ORG/14 w trybie przetargu nieograniczonego o wartości nie przekraczającej kwot określonych na podstawie art. 11 ust.8 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych na: **„Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Urzędu Miasta Milanówka”**

**ZAWIADOMIENIE**  
*o unieważnieniu postępowania*

działając zgodnie z art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) informuje o wyniku postępowania.

W postępowaniu udział wzięła 1 firma:

Oferta nr 1 firmy:

POCZTA POLSKA S.A.  
ul. Stawki 2  
00-940 Warszawa

Zamawiający dokonał oceny oferty na podstawie kryteriów podanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykluczono z postępowania Wykonawcę **nie dotyczy** art. 24 ust. ... pkt. .... ustawy Prawo zamówień publicznych (uzasadnienie faktyczne i prawne)\*.

Odrzucono z postępowania ofertę nr **1** Wykonawcy **POCZTA POLSKA S.A.** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny”.

Wykonawca złożył ofertę do przedmiotowego postępowania, w której na część zamówienia dot. przesyłek zagranicznych i paczek zastosował stawkę VAT-u zwolnioną.

Na Zamawiającym ciąży z mocy art. 18 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) obowiązek prawidłowego i zgodnego z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, z Nr 0051/282/14 od 19.12.2014 roku do 24.12.2014 roku (5 dni)

zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, a także równego traktowania Wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Z kolei z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika dla Zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie innej omyłki niż oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, a polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Wymienione powyżej przepisy Pzp określają ustawowy zakres obowiązku dokonywania oceny ofert przez Zamawiającego, a następnie formułują określone przepisami obowiązki Zamawiającego, będące następstwem rezultatów dokonanej oceny. Zamawiający zobowiązany jest albo do poprawienia w ofercie omyłki spełniającej przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, albo do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jeżeli ta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Treść art. 91 ust. 2 Pzp przedstawia wolę ustawodawcy, za uznaniem ceny za obligatoryjne i najważniejsze kryterium wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 2 pkt. 1 Pzp kiedy tylko w ustawie jest mowa o cenie (a jest o niej mowa również w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. 2014r., poz. 915). W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług (tj. VAT) oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. W świetle przywołanej ustawy o informowaniu

o cenach towarów i usług nie może być jakichkolwiek wątpliwości, że podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składnia ofert przez Wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie także i w tym zakresie oceny poprawności złożonych przez Wykonawców ofert, skoro treść art. 87 ust. 2 Pzp nakłada obowiązek poprawienia oferty w określonych w ustawie sytuacjach, a dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nakłada obowiązek odrzucenia oferty.

Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 nie określa przesłanek ograniczających możliwości badania wystąpienia omyłek tj. elementów oferty i elementów SIWZ, pomiędzy którymi ma być badana niezgodność, nie wyłączając również badania niezgodności występującej pomiędzy stawkami podatku VAT wskazanymi w ofercie a także w SIWZ.

Przy wykonywaniu obowiązku zbadania czy oferta Wykonawcy nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, ocenie Zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez Wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ jest to jeden z elementów cenotwórczych. Odmienne działanie Zamawiającego uniemożliwiłoby rzetelne zbadanie przesłanki uzasadniającej wykonanie ustawowego obowiązku odrzucenia oferty.

Od dnia 1 kwietnia 2013 roku zwolnieniem objęte są wyłącznie powszechne usługi pocztowe, a nie wszystkie usługi świadczone przez operatora wyznaczonego. Analizując treść art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o podatku od towarów i usług stwierdzić należy, że zakłada on zwolnienie o charakterze przedmiotowo-podmiotowym. Zwolnienie to obejmuje wyłącznie podmioty, które posiadają status operatora obowiązującego do świadczenia usług powszechnych, a nie wszystkie podmioty świadczące usługi pocztowe. Posiadanie owego statusu jest jedynie spełnieniem przesłanki podmiotowej pozwalającej na objęcie określonych czynności zwolnieniem.

Aby było możliwe zwolnienie z opodatkowania usług objętych zamówieniem muszą być spełnione również uwarunkowania przedmiotowe, czyli tylko niektóre spośród usług świadczonych przez operatora wyznaczonego będą korzystały ze zwolnienia od podatku VAT. Ustawodawca kładzie nacisk na *powszechność* świadczonych usług pocztowych, w związku z tym usługi, którym nie można przypisać przymiotu powszechności będą wyłączone ze zwolnienia i w konsekwencji podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT mimo, że będą świadczone przez operatora wyznaczonego (Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach IBPP2/443-722/13/WN z dnia 4.11.2013r).

Usługi świadczone w ramach przedmiotowego postępowania będą świadczone w sposób dopasowany do indywidualnych potrzeb Zamawiającego, ustalony w oparciu o ogłoszenie o zamówieniu i Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, w której Zamawiający określili warunki świadczenia usług pocztowych (Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu ILPP2/443-897/13-2/MR z dnia 16.12.2013r).

Tego rodzaju indywidualny charakter wyklucza traktowanie przedmiotowych usług jako usługi powszechne, zgodnie bowiem z prawem unijnym oraz orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE o powszechności usług pocztowych można mówić wyłącznie w odniesieniu do usług które świadczone są w ogólnym interesie gospodarczym. Trybunał wskazał, że w zakresie powszechnych usług pocztowych nie mieszczą się usługi „*odpowiadające indywidualnym potrzebom danych użytkowników*”. W związku z

Nr 0051/316/14 od 19.12.2014 roku do 24.12.2014 roku (5 dni)

*tym możliwość indywidualnego negocjowania umów z klientami nie odpowiada a priori pojęciu świadczenia usług powszechnych”.*

Nie można uznać za powszechną taką usługę, która jest świadczona na rzecz określonego Zamawiającego, na indywidualnie „negocjowanych” warunkach (tj. dostosowana do indywidualnych potrzeb usługobiorcy na podstawie przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania przetargowego) i nie jest wykonywana w ramach dążenia do zagwarantowania minimalnego standardu usług pocztowych wszystkim użytkownikom tych usług.

Indywidualny charakter, który jest skutkiem faktu, że usługi świadczone będą w wykonaniu rozstrzygniętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma w tym kontekście praktyczny wyraz w postaci istotnych różnic pomiędzy świadczeniem na rzecz Zamawiającego, a usługami powszechnymi opisanymi szczegółowo w art. 45 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe, zgodnie z którym jest to usługa pocztowa świadczona w interesie publicznym mająca charakter powszechny czyli dostępna dla ogółu społeczeństwa i świadczona na terenie całego kraju.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza również wyrok NSA z dnia 25 marca 2014, I FSK 733/2013:

*„Zwolnienie z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT przysługuje wtedy, gdy spełnione są dwie przesłanki. Przesłanka podmiotowa, tj. świadczenie usługi przez operatora obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych i przesłanka przedmiotowa, tj. powszechny, a więc nie wynegocjowany indywidualnie, charakter usługi pocztowej.”*

Usługi pocztowe, zdefiniowane i świadczone jako niepowszechnie usługi pocztowe, nie będą zwolnione z opodatkowania podatkiem od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT, bowiem nie będą realizowane w celu zapewnienia powszechnych usług pocztowych, zatem nie wypełniają hipotezy ww. artykułu.

Z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23.04.2009r w sprawie C-357/07 jednoznacznie wynika, że: *„usługi pocztowe, które nie są świadczone w interesie publicznym, których warunki świadczenia są negocjowane indywidualnie nie mogą korzystać ze zwolnienia z podatku VAT”*.

Usługi pocztowe będące przedmiotem niniejszego zamówienia nie są zatem objęte zwolnieniem z VAT, nawet jeżeli Wykonawcą jest operator wyznaczony, gdyż nie stanowią powszechnych, usług pocztowych zgodnie z art. 46 Prawa pocztowego. Powyższa zmiana w ustawie o VAT powinna zostać uwzględniona przez Wykonawcę w złożonej ofercie.

Skutki prawne oceny zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, dokonanej przez Zamawiającego przy wstępnej ocenie ofert Wykonawców, ograniczają się wyłącznie do płaszczyzny wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesadzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych tychże Wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z Zamawiającym (Uchwała SN z dnia 20.10.2011r. sygn. akt III CZP 52/11).

Wykonawca w tabeli „Kalkulacja cenowa” w złożonej ofercie dla przesyłek krajowych do podanych cen jednostkowych doliczył stawkę VAT w wysokości 23%, dla przesyłek zagranicznych jak i dla paczek wskazał obowiązującą stawkę VAT jako zwolnioną. Ponadto dla przesyłek zagranicznych i paczek zastosował ceny z obowiązującego od dnia 7 kwietnia 2014 roku cennika usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym. Jednak w cenniku Wykonawcy brak jest cen na przesyłki polecane w obrocie zagranicznym. W przedmiotowym cenniku dla przesyłek w obrocie zagranicznym Wykonawca podał ceny dla przesyłek listowych nierejestrowanych ekonomicznych i nierejestrowanych priorytetowych, a także dla przesyłek polecanych priorytetowych, nie ma w nim wymienionych przesyłek zagranicznych polecanych, które są wymagane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, a mimo to Wykonawca zastosował dla tego rodzaju przesyłek stawkę VAT zwolnioną. Nie jest to oczywista omyłka rachunkowa i jako taka nie może być poprawiona. W takiej sytuacji błąd nie podlega poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, *„Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki rachunkowe, w uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek”*, ponieważ nie jest to omyłka, ale raczej błędne złożenie oświadczenia, które powoduje niezgodność oferty z odrębnymi przepisami prawa.

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2014 roku wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT dla przesyłek zagranicznych i paczek. Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia w których powołał się na przepisy obowiązującego prawa tj. art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług, art. 45 ust. 1 oraz art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012r. Prawo pocztowe, przytaczając ich treść. Wykonawca wskazał, iż świadczy zarówno powszechnie usługi pocztowe, którymi Nr 0051/316/14 od 19.12.2014 roku do 24.12.2014 roku (5 dni)

są przesyłki w obrocie zagranicznym i paczki jak i niepowszechnie podlegające opodatkowaniu podatkiem VAT – przesyłki w obrocie krajowym. W złożonym wyjaśnieniu oprócz powołania się na przytoczone artykuły ustaw Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął, że usługi w obrocie krajowym nie mają charakteru powszechnego i dla nich zastosował indywidualne ceny (inne niż w obowiązującym cenniku) nawet dla przesyłek, które z mocy prawa muszą być nadawane u operatora wyznaczonego. Natomiast w przypadku usług w obrocie zagranicznym jak i paczek zastosował ceny z cennika i nie naliczył podatku VAT.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 8 grudnia 2014 roku ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanych stawek podatku VAT dla przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz podania podstawy zaliczenia usług krajowych dotyczących przesyłek listowych do usług niepowszechnych, chociaż część musi być nadawana przez operatora wyznaczonego, a usług w obrocie zagranicznym i paczek krajowych do usług powszechnych, mimo, że przesyłek poleconych zagranicznych nie ma w cenniku Wykonawcy.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył kolejne wyjaśnienia ponownie podtrzymując zajęte stanowisko i dotychczas złożone wyjaśnienia. Wykonawca ponownie powołał się na treść ustawy Prawo pocztowe, przywołał zapisy rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013r. w sprawie warunków wykonania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego, a także z uzasadnienia z dnia 8 października 2012r. projektu obowiązującej obecnie ustawy Prawo pocztowe, z założeń do projektu ustawy Prawo pocztowe, zatwierdzonych przez Radę Ministrów w dniu 5 października 2010 roku. Przytoczył również art. 14 ust. 2 Dyrektywy 97/67/We Parlamentu Europejskiego

i Rady z dnia 15 grudnia 1997 roku w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług, który mówi o systemie rachunkowości usług powszechnych. Na podstawie przedstawionego stanu prawnego Wykonawca wyjaśnił, iż jako operator wyznaczony jest zobowiązany do świadczenia usług powszechnych oraz może wykonywać inne usługi pocztowe, dokonując odpowiedniego rozdzielenia tych usług z punktu widzenia przedmiotowego i finansowego. Zajęte stanowisko odzwierciedla się w regulaminach i cennikach tych usług obejmujących wszystkie rodzaje świadczonych przez Wykonawcę usług.

Wykonawca wskazał, że przystępując do przetargów na wykonanie usług pocztowych musi spełniać kryteria jakie zamawiający stawiają w SIWZ, a składane oferty dostosowane są do przedmiotu zamówienia określonego każdorazowo w SIWZ uwzględniając ewentualne modyfikacje SIWZ, co jest odzwierciedleniem oczekiwań zamawiających. Wykonawca przedstawia oferty na usługi powszechnie lub niepowszechnie stosownie do wymagań zamawiających dopasowując wymagania do warunków określonych w obowiązujących przepisach prawa oraz aktualnego portfolio usług Wykonawcy. Na potwierdzenie Wykonawca przedłożył Zamawiającemu formularz ofertowy i zawiadomienie o wyborze oferty z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie oferta Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą i Wykonawcy udzielono zamówienie.

Jednak w treści złożonego wyjaśnienia brak jest informacji dlaczego i na jakiej podstawie Wykonawca przyjął, że usługi obejmujące przesyłki listowe w obrocie krajowym nawet te, które muszą być nadawane przez operatora wyznaczonego zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa mają charakter usług niepowszechnych, natomiast paczki krajowe i przesyłki listowe w obrocie zagranicznym mają charakter usług powszechnych.

Zamawiający w dokumentacji postępowania określił, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym jak i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych do każdego miejsca w kraju i za granicą, oraz ich ewentualnych zwrotów w obrocie krajowym i zagranicznym. Wymóg Zamawiającego odpowiada przytoczonemu przez Wykonawcę art. 2 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe, który reguluje usługę pocztową. Zawarcie umowy o świadczenie usługi pocztowej zgodnie z art. 15 ust. 1 Prawa pocztowego (przywołanego również przez Wykonawcę) następuje w szczególności przyjęcia przez operatora pocztowego przesyłki pocztowej do przemieszczenia i doręczenia. Natomiast art. 45 ust. 1 Prawa pocztowego określa przesłanki jakie musi spełniać usługa pocztowa aby mogła być zaliczana do usług powszechnych. Ustawodawca oprócz wymogu wagowego wskazał również wymiary przesyłek listowych jak i paczek. Zamawiający w SIWZ określił jedynie wagę przesyłek nie podając wymiarów, co w pełni nie spełnia wymagań wskazanych przez Ustawodawcę w tym artykule.

Ponadto warunki określone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania odnoszą się do całego przedmiotu zamówienia tj. do przesyłek listowych i paczek w obrocie krajowym jak również do przesyłek listowych w obrocie zagranicznym. A Wykonawca pomimo dwukrotnego składania wyjaśnień, nie sprecyzował jednoznacznie dlaczego przesyłki w obrocie zagranicznym i paczki krajowe uznał za usługi o charakterze powszechnym, a tym samym zastosował preferencyjne stawki podatku VAT,

Nr 0051/316/14 od 19.12.2014 roku do 24.12.2014 roku (5 dni)

podając ceny z cennika Wykonawcy. Należy podkreślić, że w przedmiotowym cenniku brak jest usług związanych z listami poleconymi w obrocie zagranicznym, podane są jedynie ceny na listy polecane priorytetowe a to nie jest ten sam rodzaj przesyłek. I w tym przypadku Wykonawca powinien zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Zamawiający w żaden sposób nie narzuca Wykonawcy w jaki sposób ma wykonywać świadczone usługi, obowiązkiem Zamawiającego jest wybranie oferty zgodnej z przepisami obowiązującego prawa co pozwoli na zawarcie ważnej umowy na realizowanie zamówienia publicznego. Obowiązek badania ofert nakłada na Zamawiającego Ustawodawca w treści ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak stwierdził sam Wykonawca w złożonym wyjaśnieniu każdorazowo dopasowuje ofertę do oczekiwań zamawiającego określonych

w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdzenie to pozwala potwierdzić, że nie jest to usługa świadczona w ogólnym interesie publicznym, w sposób jednolity oraz dostępna dla wszystkich odbiorców, gdyż jej warunki ustalane są indywidualnie zgodnie z wymogami zamawiającego, tak więc nie można jej przypisać charakteru usług powszechnych. Ponadto jedna z kluczowych zasad wykładni prawa nakazuje zwolnienia (i wyłączenia) interpretować możliwie wąsko, ściśle, aby nie doprowadzić do nieuprawnionego rozszerzenia zakresu zwolnień (Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie IPPP3/443-913/13/2/KT).

Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu ceny zawartej w ofercie, polegającym na wadliwym doborze przez Wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Posłużenie się przez Wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.

Nie ma bezpośredniego znaczenia okoliczność czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było świadomą manipulacją ze strony Wykonawcy zmierzającego za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego czy tylko rezultatem błędnej interpretacji przez Wykonawcę przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.

W konsekwencji oferta zawierająca taki błąd podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

W związku z zaistniałą sytuacją Burmistrz Miasta Milanówka decyzją z dnia 19.12.2014 roku unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3”

Zamawiający przewiduje kolejne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych.

Dziękujemy za udział w postępowaniu i zapraszamy do udziału w kolejnych postępowaniach prowadzonych przez Urząd Miasta Milanówka.

Burmistrz Miasta Milanówka  
/-/  
Wiesława Kwiatkowska

Opracowała: Kinga Niedźwiecka-Reszczyk

Nr 0051/316/14 od 19.12.2014 roku do 24.12.2014 roku (5 dni)

05-822 Milanówek, ul. Kościuszki 45  
tel.: +22 758 30 61, faks: +22 755 81 20  
e-mail: miasto@milanowek.pl