

Sygn. akt: KIO/KU 11/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 marca 2014 roku**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych faksem w dniu 4 lutego 2014 r., a w formie pisemnej w dniu 6 lutego 2014 roku, do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A.
ul. św. Wawrzyńca 13
31-060 Kraków**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej dnia 30 stycznia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/KU/4/2014) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania: *„Zakup 36 niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych”* w ramach projektu: *„Poprawa funkcjonowania krakowskiego transportu miejskiego poprzez zakup niskopodłogowego taboru tramwajowego oraz rozbudowę systemu Krakowskiej Karty Miejskiej”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Beata Pakulska
Członkowie:	Małgorzata Rakowska
	Magdalena Rams

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie** – działając na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej: ustawą Pzp, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania: „*Zakup 36 niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych*” w ramach projektu: „*Poprawa funkcjonowania krakowskiego transportu miejskiego poprzez zakup niskopodłogowego taboru tramwajowego oraz rozbudowę systemu Krakowskiej Karty Miejskiej*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 157-274891) w dniu 14 sierpnia 2013 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP, przeprowadził kontrolę uprzednią tegoż postępowania. W informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 30 stycznia 2014 r. stwierdził, że Zamawiający w rozdziale XII pkt 12 SIWZ żądał, aby wykonawca przed zawarciem umowy wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 7 % łącznej całkowitej ceny oferty netto (bez podatku od towarów i usług VAT). Prezes UZP wskazał, iż Zamawiający, naruszył przepis art. 150 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiący, iż wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Prezes UZP wskazał, że ustawa nakłada na Zamawiającego możliwość żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości ustalonej w oparciu o cenę zawierającą podatek od towarów i usług, a więc cenę brutto zawartą w ofercie wykonawcy.

Zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli uprzedniej za pośrednictwem faksu w dniu 4 lutego 2014 r., a w formie pisemnej w dniu 6 lutego 2014 r. Zamawiający nie zgodził się z oceną prawną Prezesa UZP i podniósł, że cena całkowita podana w ofercie o której mowa art. 150 ustawy Pzp nie w każdym przypadku oznacza cenę zawierającą podatek od towarów i usług, a więc cenę brutto, albowiem podatek od towarów i usług wykonawca uwzględnia w cenie oferty jedynie w sytuacji, gdy zawarty jest on w kwocie, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić sprzedającemu. Wskazał, że ustalił zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości mieszczącej się w dopuszczalnych ustawowo granicach od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie, na potwierdzenie czego przedstawił przykładowe wyliczenia. Zamawiający podniósł, że poinformował wykonawców w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia o mechanizmie ustalenia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, który odnosił się do sposobu obliczenia ceny oferty, co miało na celu ustalenie kwoty zabezpieczenia jednakowej dla wszystkich wykonawców. Zamawiający wyjaśnił, że przewidywał, iż w postępowaniu mogą zostać złożone oferty z cenami nie zawierającymi podatku od towarów i usług, w związku z czym mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wynikającą z art.7 ust. 1 ustawy Pzp uznał, że wykonawcy, składający oferty z cenami całkowitymi, w których nie będzie uwzględniony podatek od towarów i usług, będą mieli istotną przewagę konkurencyjną w stosunku do wykonawców, którzy podlegają takiemu obowiązkowi i złożą oferty z cenami uwzględniającymi podatek od towarów i usług. Dodatkowo, Zamawiający podniósł, iż nie bez znaczenia jest w takiej sytuacji interes Zamawiającego, który uzyskałby kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy wyższą lub niższą w zależności od podmiotowej sytuacji wykonawcy. Doszłoby do żądania różnej wysokości zabezpieczenia, w zależności od tego jaki status podatkowy posiada wykonawca.

Pismem z dnia 17 lutego 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W1/420/4(8)/14/KH; dot. KU/4/14) Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 30 stycznia 2014 r., przekazanej pismem UZP/DKUE/W1/420/4(6)/14/KH, w zakresie naruszenia art. 150 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zgłoszonych zastrzeżeń, Prezes UZP podniósł dodatkowo, iż w informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie kwestionuje się wysokości wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która nie wykracza poza przedziały określone w art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, lecz jedynie sposób ustalenia wysokości tego zabezpieczenia, który jest sprzeczny z treścią art. 150 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Prezesa UZP odwołanie się Zamawiającego do ceny netto jest niezgodne z art. 150 ust. 1, który to przepis zawiera normę bezwzględnie obowiązującą i w przypadku, gdy Zamawiający decyduje się na żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy musi określić sposób jego ustalenia zgodnie z powołanym przepisem, a więc w przedmiotowym postępowaniu jako procent ceny całkowitej podanej w ofercie. Prezes UZP ponadto wskazał, że z natury samego zabezpieczenia określonego w ustawie Pzp wynika, iż ma ono wynosić określony procent ceny całkowitej podanej w ofercie, wobec czego w każdym przypadku jego wysokość może zostać ustalona dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej i w zależności od cen oferowanych przez wykonawców będzie to inna wysokość dla każdego z nich, co nie stoi w sprzeczności z art. 7 ustawy Pzp i nie narusza zasady równego traktowania wykonawcy i uczciwej konkurencji.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 171 a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes UZP przekazał je w dniu 17 lutego 2014 r. do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wskazanych w informacji o wynikach kontroli uprzedniej Prezesa UZP, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa UZPw zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 150 ust. 1 ustawy Pzp, zawarte w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Zgodnie z treścią art. 150 ust. 1 ustawy Pzp **wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie** albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP, że powołany przepis zawiera normę bezwzględnie obowiązującą i w przypadku, gdy Zamawiający decyduje się na żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest obowiązany określić sposób jego ustalenia zgodnie z treścią art. 150 ust. 1 ustawy Pzp, czyli określając kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy jako procent ceny całkowitej podanej w ofercie, tj. z uwzględnieniem podatku od towarów i usług. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wskazuje jedynie jaki procent ceny całkowitej podanej w ofercie będzie stanowiło zabezpieczenie, o ile takiego zabezpieczenia żąda od wykonawców. Natomiast ustalenie konkretnej kwoty zabezpieczenia następuje dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Definicję ceny zawiera art. 2 pkt 1) ustawy Pzp, stanowiący, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U, z 2013 r. poz. 385), zgodnie z którym w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług.

Nie jest też uzasadniona obawa Zamawiającego, że mogłoby dojść do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku, gdyby zażądał kwoty zabezpieczenia w stosunku procentowym do ceny wskazanej w ofertach poszczególnych wykonawców z uwzględnieniem podatku od towarów i usług. Istotą zabezpieczenia jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej na podstawie **konkretnej** oferty wykonawcy wybranej jako najkorzystniejszej. Bezzasadne jest twierdzenie Zamawiającego, że wskazany przez niego mechanizm ustalenia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy

„miała celu ustalenie kwoty zabezpieczenia jednakowej dla wszystkich wykonawców”. Oczywistym jest, że kwota żądanego zabezpieczenia każdorazowo byłaby zindywidualizowana, gdyż odnosiłaby się do konkretnej oferty, która zostałaby wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie należy także wskazać, iż w doktrynierównież wskazuje się, że cena całkowita, o której mowa w art. 150 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje także podatek VAT [por.: Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 12, Warszawa 2013 (s. 485), który wskazuje, że „wartość umowy, od której obliczana jest kwota zabezpieczenia, może być ustalona dwojako. Najczęściej będzie to cena całkowita wynikająca z oferty. Od tej ceny, obejmującej także podatek VAT, należy obliczyć kwotę zabezpieczenia. Jeżeli jednak w ofercie nie wymagano ceny całkowitej, a jedynie ceny jednostkowej lub cen jednostkowych, wartością umowy będzie maksymalna wartość nominalna zobowiązania zamawiającego”].

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....