



Warszawa, 12.02.2015 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/PWKZ/425/160(28)/13/AI
KND/29/13

Pan

Jacek Leonkiewicz

Prezes Zarządu

PKP Intercity S.A.

ul. Żelazna 59a

00-848 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie,

uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

„Kompleksowa usługa utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach PKP Intercity” – zadanie A, C, F, G, I, J, K.

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam informację o wyniku kontroli.

Z poważaniem
złp. Prezes UZP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiciński
Daniel Wiciński



Warszawa, dnia 12.02.2015 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/KND/29/13

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający:	PKP Intercity S.A. ul. Żelazna 59a 00-848 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	usługi
Przedmiot zamówienia:	kompleksowa usługa utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach PKP Intercity – zadanie A, C, F, G, I, J, K.
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	158.446.200,00 zł (41.272.779,37 euro)
Data wszczęcia postępowania:	28.11.2011 r.

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

W wyniku wszczętej na wniosek kontroli niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, należy stwierdzić, iż doszło do następujących naruszeń ustawy:

1. W dniu 26 listopada 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu na przedmiotowe postępowanie. Zamawiający podzielił ww. zamówienie na 15 zadań (od A do O, w tym: od A do K na wagony osobowe, od L do O na lokomotywy). W dniu 26 stycznia 2012 r. w ramach zadań A – K zostały złożone oferty przez następujących wykonawców:

- zadanie A – Zakłady Usługowe Centrum – Usługa Sp. z o.o.
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
- zadanie B – WIKO Handel – Usługi Bogdan Kościelny;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
 - Impel Cleaning Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 23%);
- zadanie C - Zakłady Usługowe Centrum – Usługa Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
- zadanie D - Zakłady Usługowe Centrum – Usługa Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
 - DC System Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 23%);
- zadanie E – Zakłady Usługowe Wschód Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
 - Impel Cleaning Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 23%);
- zadanie F – Zakłady Usługowe Południe Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
- zadanie G – Zakłady Usługowe Południe Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
- zadanie H – Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o.;

- (cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 23%);
- zadanie I – Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
 - DC System Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 23%);
 - zadanie J – Zakłady Usługowo – Produkcyjno – Handlowe POMORZE Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%);
 - zadanie K – Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o.;
(cena zawierająca stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%).

W tym miejscu należy zauważyć, iż ze sprawozdania z kontroli wewnętrznej przeprowadzonej przez Dyrektora Zarządzającego ds. Integracji Obszarów Audytu Wewnętrznego i Kontroli Grupy PKP przy udziale Naczelnika Wydziału Kontroli wynika, że Biuro Przewozów oszacowało wartość zamówienia na kwotę 158.446.200,00 zł netto, a w celu kalkulacji wartości brutto ww. biuro przyjęło stawkę VAT na poziomie 23%.

Ponadto, warto zauważyć, iż w latach poprzednich w trakcie realizacji analogicznych zamówień rozliczanie wskazanych zadań następowało przy zastosowaniu obu stawek podatku VAT, odpowiednio 7 i 22 %, zaś od 1 stycznia 2011 r. 8 i 23%.

Jednocześnie, należy wskazać, iż Zamawiający zarówno w siwz jak i w trakcie udzielania wyjaśnień do siwz podkreślał, iż prawidłowość wyliczenia wielkości należytego podatku VAT spoczywa na wykonawcy. Dodatkowo, należy zauważyć, iż w rozdziale XIII siwz Zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert będzie 100% cena. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że badanie i ocena ofert dla poszczególnych zadań będzie odbywała się na podstawie wzoru:

$$K = \frac{K \text{ min}}{K \text{ bad.}} \times 100 \text{ punktów}$$

gdzie:

K min – oznacza ofertę z najniższą miesięczną ceną usługi netto,
K bad – oznacza cenę miesięczną usługi netto w ramach oferty badanej.

Odnosząc się do złożonych ofert należy wskazać, iż Zamawiający w dniu 5 marca 2012 r. wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie poprawności kalkulacji ceny, w szczególności w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 8%.

W odpowiedziach na powyższe wezwanie wykonawcy wskazywali przede wszystkim, iż usługi objęte stawką podatku VAT w wysokości 8% będą odrębnie zlecane przez Zamawiającego oraz odbierane w różnych ilościach w związku z czym będą umieszczane w fakturach w osobnych pozycjach. Ponadto, wykonawcy wykazywali, że zgodnie z klasyfikacją statystyczną PKWiU oraz z załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług takie czynności jak wybieranie nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem w.c. oraz wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów podlegają opodatkowaniu stawką podatku VAT w wysokości 8%.

W dniu 6 marca 2012 r. Zamawiający wystosował zapytanie do Biura Rachunkowości PKP Intercity S.A. z prośbą o wyjaśnienie „jaki sposób wyliczenia oferty jest właściwy”.

Pismem z dnia 12 marca 2012 r. Dyrektor Biura Rachunkowości przedstawił opinię, iż obie zastosowane stawki podatku VAT mogą być prawidłowe w zależności od przyjętego charakteru przedmiotu umowy. W konsekwencji Biuro Rachunkowości nie podjęło się udzielenia odpowiedzi na powstałą wątpliwość oraz wskazało, iż „sposób oceny ofert powinien być sprecyzowany i zawarty w siwz”.

Po uzyskaniu ww. wyjaśnień Zamawiający pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r. poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych na poszczególne zadania od A do O oraz o wykluczeniu wykonawców DC System Sp. z o.o. (zadanie D i I) oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. (zadanie B i E) z uwagi na nie wykazanie przez ww. wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a ponadto odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, w dniu 27 kwietnia 2012 r. Zamawiający zawarł umowy na zadania A, C, F, G, J, K (stawki 8 i 23 % VAT) oraz na zadanie H (23 % VAT). W tym samym dniu wykonawcy DC System Sp. z o.o. (zadanie D i I) oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. (zadanie B i E) złożyli odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Następnie, w dniu 9 maja 2012 r. wykonawca DC System Sp. z o.o. wycofał złożone odwołanie, w związku z czym KIO postanowieniem z dnia 9 maja 2012 r. (sygn. KIO 855/12) umorzyła postępowanie odwoławcze. W konsekwencji, w dniu 10 maja 2012 r. Zamawiający zawarł umowę na zadanie I z wykonawcą Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. (8 i 23% VAT)

Z kolei, z wyroku KIO z dnia 10 maja 2012 r. (sygn. KIO 850/12) wydanego po rozpatrzeniu odwołania złożonego przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. (zadanie B i E) wynika, iż Zamawiający w dniu 8 maja 2012 r. unieważnił czynność wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wyrok KIO odnosił się do odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zadaniu B. W konsekwencji KIO orzekła, iż uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W okresie ponownego badania i oceny ofert dla zadań B, D, E Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 28 maja 2012 r. (sygn. KIO 904/12; KIO 911/12; KIO 918/12) orzekła w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Przewozy Regionalne Sp. z o.o. W ww. wyroku Izba stwierdziła, że usługa zamawiana przez zamawiającego w postępowaniu na „Kompleksową usługę utrzymania w czystości taboru kolejowego” „ma charakter kompleksowy, a zatem przyjęcie przez danych wykonawców podstawowej stawki VAT na poziomie 23% było prawidłowe.”

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczenie Zamawiający w dniu 26 czerwca 2012 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania w części B, D i E, z uwagi na to, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający odrzucił oferty wykonawców: WIKO Handel – Usługi Bogdan Kościelny (zadanie B); Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. (zadanie E); Zakłady Usługowe „Centrum – Usługa” Sp. z o.o. (zadanie D), którzy złożyli oferty w ww. zadaniach z uwzględnieniem stawek podatku VAT w wysokości 8 i 23% oraz odrzucił oferty wykonawców DC System Sp. z o.o. (zadanie D), Impel Cleaning Sp. z o.o. (zadanie B i E) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 i 6 lipca 2012 r. wykonawcy WIKO Handel – Usługi Bogdan Kościelny (zadanie B), Zakłady Usługowe Centrum – Usługa Sp. z o.o. (zadanie D), Zakłady Usługowe Wschód Sp. z o.o. (zadanie E) oraz DC System Sp. z o.o. (zadanie D) i Impel Cleaning Sp. z o.o. (zadanie B i E) złożyli stosowne odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. W ramach ww. odwołań KIO w wyroku z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. KIO 1395/12; KIO 1408/12; KIO 1412/12; KIO 1413/12; KIO 1423/12) stwierdziła, że przedmiotowe zamówienie stanowi usługę kompleksową, zatem czynność odrzucenia ofert wykonawców WIKO Handel – Usługi Bogdan Kościelny, Zakłady Usługowe Centrum – Usługa Sp. z o.o., Zakłady Usługowe Wschód Sp. z o.o. uznała za prawidłową. Natomiast, czynność odrzucenia ofert wykonawców DC System Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o. ze względu na fakt, iż ich

złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji Izba uznała, iż „niewystarczające jest – subiektywne przekonanie zamawiającego – wobec braku dowodów – że w niniejszym postępowaniu dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że działanie wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy”.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców DC System Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o. i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniach B, D, E oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem ofert ww. wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, w dniu 28 września 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych w zadaniach B, D, E. W dniu 23 października 2012 r. Zamawiający podpisał umowy w ramach ww. zadań, w tym dla zadania B i E z wykonawcą Impel Cleaning Sp. z o.o. (23% VAT), a dla zadania D z wykonawcą DC System Sp. z o.o. (23% VAT).

Dodatkowo, należy podkreślić, iż pismem z dnia 29 sierpnia 2012 r. za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca Zakłady Usługowe „Centrum – Usługa” Sp. z o.o. wniósł skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. KIO 1395/12; KIO 1408/12; KIO 1412/08; KIO 1413/12; KIO 1423/12) zarzucając przede wszystkim błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, iż usługi objęte przedmiotem zamówienia publicznego posiadają charakter kompleksowy, podczas gdy świadczone usługi mogą być wykonywane w sposób niezależny od siebie, nie są współzależne ani też nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i usługi pomocniczej.

W dniu 13 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 1442/12) po rozpoznaniu na rozprawie sprawy ze skargi wykonawcy Zakłady Usługowe „Centrum – Usługa” Sp. z o.o. (zadanie D) z udziałem wykonawców: WIKO Handel – Usługi Bogdan Kościelny; Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o.; Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. oddalił skargę uznając, iż „sporne usługi (...) składają się na objętą zamówieniem PKP Intercity S.A. usługę kompleksową.” Powyższe stanowisko zostało przez Sąd podniesione zgodnie z pojęciem usługi kompleksowej wprowadzonym do praktyki obrotu gospodarczego wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-349/96. Z ww. orzeczenia wynika, iż gdy kilka świadczeń obejmuje jedną usługę, nie można dzielić jej sztucznie dla celów podatkowych. Ponadto, ETS wyodrębnił usługę zasadniczą i pomocniczą wskazując, że usługa pomocnicza nie może stanowić celu samego w sobie lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Jednocześnie, Sąd Okręgowy

pominał zarzut dotyczący błędu w ustaleniach faktycznych Izby w zakresie oceny naruszenia dobrych obyczajów i popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji uznając, iż zarzut jest bezprzedmiotowy, nie mający wpływu na ocenę zasadności wskazanej skargi.

Reasumując, należy wskazać, iż Zamawiający zawarł następujące umowy w ramach przedmiotowego postępowania:

- w dniu 27 kwietnia 2012 r. na zadania A, C, F, G, J, K – stawka podatku VAT 8 i 23 % oraz na zadanie H - stawka podatku VAT 23 % VAT;
- w dniu 10 maja 2012 r. na zadanie I – stawka podatku VAT 8 i 23 %;
- w dniu 23 października 2012 r. na zadania B, D, E – stawka podatku VAT 23 %.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż kontrolą doraźną nie są objęte zadania B, D, E, H, L – O. Jednakże, opisany wyżej stan faktyczny uwzględnia postępowanie odwoławcze prowadzone w ramach zadań B, D, E z uwagi na fakt, iż dotyczyło ono zastosowania przez wykonawców stawek podatku VAT w wysokości 8 i 23%.

Podkreślić należy, iż podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór oferty najkorzystniejszej powinien być dokonany zgodnie z najważniejszymi zasadami udzielania zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji i zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Aby powyższe zasady były zachowane wymagane jest takie ustalenie przez wykonawców cen ofertowych, aby były one porównywalne, tj. obliczone według tych samych reguł. Cena ofertowa ustalana jest przez wykonawców w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców. Możliwość porównania ofert przez zamawiającego, zwłaszcza dzięki zastosowaniu przez wykonawców jednakowego sposobu obliczania ceny ofertowej, stanowi podstawę prawidłowej merytorycznej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu, należy zwrócić uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), który wskazał, że „o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł”.

Ponadto, Sąd Najwyższy wskazał, iż określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Jednocześnie, Sąd Najwyższy podniósł, iż jedynie wówczas gdy zamawiający wskaże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą w ofercie wysokość określonej ceny, dopiero wtedy może dojść do wystąpienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym przyjąć należy, że w sytuacji, gdy zamawiający nie poda w siwz konkretnej stawki podatku VAT, na wykonawcy spoczywa obowiązek samodzielnego jej ustalenia w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy. Zamawiający jest wówczas zobowiązany do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy ma niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny.

Jednocześnie należy podkreślić, że art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy, ilekroć w ustawie jest mowa o cenie należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (w brzmieniu przepisów właściwych na dzień wszczęcia postępowania). Z kolei w cenie uwzględnia się m.in. podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu m.in. podatkiem od towarów i usług. W związku z powyższym należy stwierdzić, że podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Zatem, obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie także i w tym zakresie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert, skoro przepis art. 87 ust. 2 ustawy nakłada na niego w określonych sytuacjach obowiązek poprawienia oferty, a art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nawet obowiązek odrzucenia oferty.

Wówczas, analogicznie jak w przedmiotowym postępowaniu, gdy zamawiający nie określił w siwz konkretnej stawki podatku VAT, przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. W takim przypadku znajduje zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp skutkujący odrzuceniem oferty zawierającej cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uznał oferty złożone na zadania A, C, F, G, J, K oraz I za najkorzystniejsze. Ww. oferty zawierały dwie stawki podatku VAT, tj. 8 i 23%. Jednocześnie w zadaniu H Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę zawierającą stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. KIO 1395/12; KIO 1408/12; KIO 1412/12; KIO 1413/12; KIO 1423/12) oraz z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 listopada 2012 r. (sygn. akt XXIII Ga 1442/12) wydanym w sprawie dotyczącej zadań B, D, E należy stwierdzić, że prawidłową stawką podatku VAT dla kompleksowej usługi polegającej na utrzymaniu w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach PKP Intercity jest 23%. Jednocześnie, należy podkreślić, mając na uwadze poczynione ustalenia co do stanu faktycznego sprawy, iż Zamawiający do dnia otrzymania wyjaśnień od wykonawców w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT zakładał, iż stawka podatku VAT 23% jest właściwa. Za powyższym przemawia chociażby fakt, iż wykonawcy, którzy złożyli oferty z podstawową stawką podatku VAT nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej wartości stawki podatku VAT. Dodatkowo, należy wskazać, iż w okresie od otrzymania wyjaśnień od wykonawców w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT, co najmniej do dnia 27 kwietnia 2012 r., Zamawiający uznawał obie stawki podatku VAT za właściwe, a ocenę ofert dokonywał przy zastosowaniu ceny netto.

W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić, iż Zamawiający pomimo wzywania wykonawców, którzy zastosowali dwie stawki podatku VAT do wyjaśnień, nie dokonał wyboru oferty na zadania A, C, F, G, H, I, J, K w sposób jednakowy. W szczególności, Zamawiający nie ustalił, która stawka podatku VAT 8 i 23% czy 23% jest stawką prawidłową. W konsekwencji, Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2012 r. zawarł umowy z wykonawcami oferującymi cenę zawierającą zarówno obie stawki podatku VAT 8 i 23% (zadania A, C, F, G, J, K), jak i jedną stawkę podatku VAT 23% (zadanie H).

Należy wskazać, iż Zamawiający zajął stanowisko odnośnie prawidłowości stosowanych stawek podatku VAT dopiero po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2012 r. (sygn. KIO 904/12; KIO 911/12; KIO 918/12), który zapadł w analogicznej sprawie. Dopiero wówczas, w zadaniach B, D, E, które jeszcze się toczyły, Zamawiający odrzucił oferty wykonawców, którzy zaproponowali cenę z uwzględnieniem stawki podatku VAT 8 i 23%.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż zaniechanie prawidłowej oceny zastosowania stawek podatku VAT doprowadziło do wyboru ofert w zadaniach A, C, F, G, I,

J, K, które powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zawierały dwie stawki podatku VAT (8 i 23%).

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający dokonał wyboru ofert na zadania A, C, F, G, J, K oraz I, które winny zostać odrzucone ze względu na zawierające cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, należy stwierdzić, że ww. naruszenia miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Ponadto, należy wskazać, iż w konsekwencji powyższe postępowanie w zakresie ww. zadań powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

2. W rozdziale XIII siwz Zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert będzie 100% cena. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że badanie i ocena ofert dla poszczególnych zadań będzie odbywała się na podstawie wzoru:

$$K = \frac{K \text{ min}}{K \text{ bad.}} \times 100 \text{ punktów}$$

gdzie:

K min – oznacza ofertę z najniższą miesięczną ceną usługi netto,

K bad – oznacza cenę miesięczną usługi netto w ramach oferty badanej.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Stosownie do postanowienia art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przez „cenę” należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (w brzmieniu przepisów właściwych na dzień wszczęcia postępowania), tj. „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w tak rozumianej cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega

obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym”. Tym samym, podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowi element cenotwórczy, wobec czego sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, wlicza do niej podatek VAT należny od tego towaru lub usługi.

Z przepisu tego wynika zatem, że na gruncie przepisów ustawy Pzp pojęcie ceny odnosi się do całkowitej kwoty wynagrodzenia wykonawcy, a więc ceny brutto.

Jednocześnie, należy wskazać, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp cena jest obowiązkowym kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem, ze wskazanych względów należy uznać, iż Zamawiający wprowadzając do kryterium oceny ofert kwoty netto oraz dokonując oceny ofert w kontrolowanym postępowaniu na podstawie wartości netto dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

3. W niniejszym postępowaniu funkcję Kierownika Zamawiającego pełnił Zarząd Spółki w składzie:

1. Janusz Malinowski – Prezes Zarządu;
2. Katarzyna Zimnicka – Jankowska – Członek Zarządu;
3. Tadeusz Matyla – Członek Zarządu;
4. Lucyna Krawczyk – Członek Zarządu;
5. Wojciech Partyka – Członek Zarządu.

W dniu 17 lutego 2011 r. Pan Dariusz Antoniak otrzymał pełnomocnictwo od osób uprawnionych do reprezentacji spółki do dokonywania wszelkich czynności w ramach udzielania w imieniu spółki, zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane. Jednakże, niniejsze pełnomocnictwo miało charakter warunkowy, uzależniony od uprzedniej zgody Zarządu PKP Intercity S.A. wyrażonej w formie uchwały.

Jak wynika z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, oświadczenia, o których mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zostały złożone w dniu 20 lutego 2012 r. przez osoby pełniące funkcję kierownika zamawiającego. Przy czym, żadna ze wskazanych wyżej osób nie wyłączyła się z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o przekazane przez PKP S.A. sprawozdanie ustalono, iż Pan Tadeusz Matyla, pełniący funkcję Członka Zarządu, a także zatwierdzający decyzje pełnomocnika

oraz komisji przetargowej (np. uchwała nr 321/2012 z dnia 12 kwietnia 2012 r. Zarządu Spółki w sprawie zatwierdzenia protokołu wyboru ofert oraz wyrażenia zgody na zawarcie z podmiotami wybranymi w trybie przetargu nieograniczonego umów), dokonał czynności niezgodnych z prawdą, składając oświadczenie o braku okoliczności wymienionych w przepisie art. 17 ust. 1 ustawy.

W tym miejscu należy podkreślić, iż z Monitora Sądowego i Gospodarczego nr 105 z dnia 1 czerwca 2011 r. wynika, iż Pan Tadeusz Matyla przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia był członkiem Rady Nadzorczej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który działając pod firmą Zakłady Usługowe „Centrum – Usługa” Sp. z o.o. uzyskał zamówienie na zadania A i C. W szczególności, z ww. Monitora wynika, że z dniem 11 maja 2011 r. dokonano wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego polegającego m.in. na wykreśleniu ww. osoby z danych osób wchodzących w skład organu nadzoru wskazanej Spółki.

Dodatkowo, należy wskazać, iż na podstawie danych zawartych w Monitorze Sądowym i Gospodarczym nr 159 z dnia 17 sierpnia 2007 r. stwierdzono, że od dnia 1 sierpnia 2007 r. Pan Tadeusz Matyla wchodził w skład Rady Nadzorczej wykonawcy Zakłady Usługowe „Centrum – Usługa” Sp. z o.o.

Zgodnie z treścią przepisu art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy, wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają osoby, które przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. A zatem, osoba, zatwierdzająca wybór oferty najkorzystniejszej wyrażony w protokole wyboru ofert oraz wyrażająca zgodę na zawarcie umowy, występująca po stronie Zamawiającego ma obowiązek złożenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wyłączających z postępowania, o którym mowa w przepisie art. 17 ust. 2 ustawy.

Powyższe przepisy mają na celu zagwarantowanie realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 2 ustawy zasady bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jednocześnie zapobieżenie sytuacji, w której czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonują osoby, co do których istnieje zagrożenie, że nie są bezstronne i obiektywne w danym postępowaniu.

Zatem, należy stwierdzić, iż w wyżej opisanym stanie faktycznym Pan Tadeusz Matyla winien był złożyć na druku ZP-1 oświadczenie o istnieniu okoliczności określonych w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz wyłączyć się z udziału w postępowaniu.

Fakt złożenia oświadczenia o przeciwnej treści należy uznać za naruszenie przepisów art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

4. W wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że Zamawiający nie przekazał ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Zgodnie z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu przedmiotowego zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Zamawiający naruszył art. 95 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

z up. Preesa UZP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiński
Michał Wiński

