

Warszawa, dnia 06. 12. 2010 r.

UZP/DP/O-JNI/18999/10

SĄD NAJWYŻSZY W WARSZAWIE
IZBA CYWILNA

za pośrednictwem

Sądu Okręgowego Warszawa-Praga
w Warszawie

IV Wydział Cywilny-Odwoławczy

Al. Solidarności 127, 00-898 Warszawa

Skarżący: „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o.

ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa

reprezentowana przez

radcę prawnego Krzysztofa Kowalczyka

Kancelaria Prawnicza Domański Zakrzewski

Palinka sp. k.

Rondo ONZ 1, XXI p., 00-124 Warszawa

Przeciwnik skargi: Stadler Bussnang AG

Industriesstrasse 4, CH-9565 Bussnang

Szwajcaria

reprezentowana przez

adwokata Annę Klementewicz

Salans D. Oleszczuk Kancelaria Prawnicza sp. k.

Rondo ONZ 1, XXX p., 00-124 Warszawa

Wnoszący skargę kasacyjną – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Przystępujący do postępowania ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Sygn. akt IV Ca 429/10

Wartość przedmiotu zaskarżenia: 267.860.000 zł

SKARGA KASACYJNA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 20 lipca 2010 r.
(sygn. akt IV Ca 429/10)

I. Działając na podstawie art. 398¹ § 1 k.p.c. w zw. z art. 198g ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) zaskarżam w całości wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 20 lipca 2010 r. sygn. akt IV Ca 429/10. Zaskarżony wyrok został doręczony Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 6 października 2010 r.

II. Stosownie do postanowienia art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. skargę kasacyjną opieram na naruszeniu przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 3a per analogiam i w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r., poprzez błędną ich wykładnię polegającą na uznaniu za niedopuszczalne doliczanie przez zamawiającego do ceny oferty należnego podatku od towarów i usług w sytuacji, gdy obowiązek podatkowy z tytułu tego podatku powstaje po stronie zamawiającego, w celu ustalenia istnienia przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

III. Przez wydanie zaskarżonego wyroku doszło do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego, tj. zasady autonomii woli podmiotów stosunków cywilnoprawnych a w konsekwencji zasady pewności (bezpieczeństwa) obrotu prawnego, w ten sposób, że zamawiający - „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. – jako podmiot prawa prywatnego wyposażony w osobowość prawną i korzystający z autonomii woli został zobowiązany w przypadku wykonania przedmiotowego wyroku do zaciągnięcia zobowiązania pieniężnego ponad kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia publicznego na „Dostawę 16 szt. nowych, czterocłonowych zespołów trakcyjnych.”.

Ponadto wykładnia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zawarta w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku i stanowiąca podstawę rozstrzygnięcia prowadzi do wewnętrznej sprzeczności systemu prawnego, tj. przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych z przepisami art. 44 ust. 1 i art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.), poprzez przyjęcie takiej wykładni art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, której zaaprobowanie prowadzi do uznania za prawnie dopuszczalną sytuację, w której zamawiający udzielający zamówienia publicznego będzie zobowiązany do zaciągnięcia zobowiązania, a w konsekwencji do wydatkowania środków publicznych ponad kwotę ujętą w jego planie finansowym. Powyższe godzi w zasadę wewnętrznej spójności

systemu prawnego oznaczającą, iż dla adresatów norm prawnych nie mogą wynikać sprzeczne nakazy lub obowiązki.

IV. Stosownie do postanowienia art. 398⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 398⁹ § 1 pkt 1 i 2 k.p.c., wnoszę o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania ze względu na fakt, iż w niniejszej sprawie występuje istotne zagadnienie prawne związane z jej precedensowym charakterem dotyczące oceny dopuszczalności zastosowania art. 91 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w drodze analogii do przypadków, innych niż wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów, w których obowiązek podatkowy zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług powstaje po stronie zamawiającego, a także ze względu na fakt, że istnieje potrzeba wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości, tj. art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r., co do zakresu ich zastosowania, tj. dopuszczalności odniesienia przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do ceny oferty oraz należnego podatku od towarów i usług w sytuacji, gdy obowiązek podatkowy z tytułu tego podatku spoczywa na zamawiającym.

Uzasadnienie powyższego wniosku zostało przedstawione w dalszej części niniejszej skargi kasacyjnej.

V. Wskazując na powyższe na podstawie art. 398⁴ § 1 pkt 3 k.p.c. w zw. z art. 398¹⁵ § 1 i art. 398¹⁶ zd. 1 k.p.c. wnoszę o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania wniesionego przez Stadler Bussnang AG
- ewentualnie o
- uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu Warszawa-Praga w Warszawie.

VI. Ponadto na podstawie art. 380 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c. wnoszę o rozpoznanie niezaskarżalnego postanowienia Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie w przedmiocie odmowy dopuszczenia do udziału w sprawie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanego na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r., co miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy poprzez nieuwzględnienie argumentacji prawnej przedstawionej w pismach procesowych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 maja 2010 r. oraz z dnia 13 lipca 2010 r.

VII. Na podstawie art. 388 § 1 k.p.c. wnoszę o wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie do czasu ukończenia postępowania kasacyjnego, z uwagi na fakt, iż na skutek wykonania zaskarżonego wyroku zamawiającemu - „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. - może zostać wyrządzona niepowetowana szkoda, poprzez konieczność zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę 16 szt. nowych, czteroczłonowych zespołów trakcyjnych.” ze Stadler Bussnang AG wskutek unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w dalszej konsekwencji konieczność wydatkowania dodatkowej kwoty 14.267.651,93 euro, pomimo braku zaplanowanych dodatkowych środków finansowych na ten cel.

UZASADNIENIE WNIOSKU O PRZYJĘCIE SKARGI KASACYJNEJ DO ROZPOZNANIA

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”) uzasadniając wniosek o przyjęcie niniejszej skargi kasacyjnej do rozpoznania wskazuje w pierwszej kolejności, iż na tle niniejszej sprawy wyłoniła się potrzeba wykładni art. 91 ust. 3a oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa PZP”) w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r., budzących poważne wątpliwości co do zakresu ich zastosowania.

Wedle bowiem literalnego brzmienia przepisu art. 91 ust. 3a ustawy PZP należałoby przyjąć, iż znajduje on zastosowanie tylko do niektórych przypadków, w których wybór oferty prowadzi do powstania obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług po stronie zamawiającego, tj. do przypadków wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, pozostawiając tym samym poza zakresem zastosowania tego przepisu inne przypadki, w których podatnikiem tego podatku staje się zamawiający (art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług - Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.).

Również literalne brzmienie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że tylko w niektórych przypadkach bierze się pod uwagę przy ocenie istnienia przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w tym przepisie, rzeczywiste skutki finansowe dla zamawiającego związane z zapłatą podatku od towarów i usług wynikające z zaciągnięcia określonego zobowiązania, tj. tylko w przypadku gdy podatek od towarów i usług jest wliczony w cenę, którą zamawiający jest zobowiązany zapłacić wykonawcy. Takie też stanowisko przyjął Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w zaskarżonym wyroku

Wskazując na powyższe należy jednak stwierdzić, iż brak jest motywów natury teleologicznej, które uzasadniałyby w jakimkolwiek stopniu zastosowanie reguł wynikających

z art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 3a ustawy PZP, wyłącznie do niektórych przypadków literalnie wskazanych w tych przepisach. Wszystkie bowiem sytuacje, w których obowiązek podatkowy powstaje po stronie zamawiającego, z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, są ze sobą tożsame. Podobnie, z punktu widzenia skutków finansowych wyboru oferty określonego wykonawcy, nie ma różnicy czy podatek od towarów i usług jest płacony przez zamawiającego w cenie należnej wykonawcy, czy też osobno.

Ratio legis przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust. 3a ustawy PZP oraz funkcje, które powinny one spełniać, tj. zapewnienie równego traktowania wykonawców, zachowanie uczciwej konkurencji oraz ochrona zamawiającego przed zaciąganiem zobowiązań pieniężnych ponad planowane potrzeby, uzasadniają potrzebę wyjścia poza ramy wykładni literalnej i przyjęcie reguły ich zastosowania per analogiam.

Wskazać przy tym należy, iż przedstawione powyżej zagadnienia nie były rozważane w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w szczególności nie były rozważane w uchwale z dnia 27 stycznia 2005 r., III CZP 78/04, OSNC 2005/12/202), jak też w orzecznictwie sądów powszechnych, poza przypadkiem zaskarżonego wyroku. Brak jest przy tym miarodajnych wypowiedzi doktryny na ten temat.

Należy również wskazać, iż pomimo zmiany brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP od dnia 29 stycznia 2010 r. potrzeba oceny przedstawionych zagadnień jest wciąż aktualna. Wynika to z faktu, iż zmiana brzmienia tego przepisu nie jest istotna i zmierza ona do usunięcia wątpliwości interpretacyjnych jakie powstawały na tle jego dotychczasowego brzmienia (dopuszczalność zwiększenia kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w stosunku do kwoty podanej przed otwarciem ofert).

Potrzeba wyjaśnienia wykładni przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP podyktowana jest koniecznością uwzględnienia w procesie interpretacji wykładni systemowej oraz wymogu zapewnienia wewnętrznej spójności systemu prawnego (zasada pewności prawa). W tym zakresie należy mieć na względzie dyrektywę wynikającą z przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, a w szczególności art. 44 ust. 1 i art. 46 ust. 1, określających zasady gospodarowania środkami publicznymi. Potrzebie tej nie zaprzecza fakt, iż w niniejszej sprawie zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (arg. z art. 9 pkt 14 tej ustawy), albowiem przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, znajduje zastosowanie także do zamawiających posiadających status jednostek sektora finansów publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy) stosujących ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Z powyższych względów mając na uwadze powstające wątpliwości natury prawnej koniecznym jest ich wyjaśnienie przez Sąd Najwyższy. Należy przy tym wskazać, iż potrzeba wykładni Sądu Najwyższego jest tym bardziej istotna, że niniejsza sprawa dotyczy zamówienia publicznego o bardzo dużej wartości, a skutki prawne wykonania zaskarżonego wyroku dla zamawiającego sięgają kwoty 14.267.651,93 euro.

Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia przyjęcie niniejszej skargi do rozpoznania.

UZASADNIENIE PODSTAW KASACYJNYCH

I. Odnosząc się do sformułowanego w ramach podstawy kasacyjnej zarzutu naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 3a per analogiam oraz w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy PZP, w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r., należy w pierwszej kolejności wskazać, iż Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie zawarte w zaskarżonym wyroku na stwierdzeniu, iż zamawiający stosując art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP nie może doliczać do ceny najkorzystniejszej oferty kwoty należnego podatku od towarów i usług (VAT), w sytuacji gdy obowiązek zapłaty tego podatku spoczywa na zamawiającym. W tym zakresie Sąd Okręgowy wziął pod uwagę literalne brzmienie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, argumentując, że przepis ten winien podlegać ścisłej wykładni. Przy czym Sąd Okręgowy wiąże przyjętą wykładnię literalną przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP z pojęciem ceny zawartym w tym przepisie i zdefiniowanym w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.) w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy PZP.

Jednocześnie Sąd Okręgowy pomija w swojej argumentacji prawnej kwestię wykładni art. 91 ust. 3a ustawy PZP, podnosząc jedynie, iż z treści tego przepisu nie daje się wywieść wprost uprawnienia zamawiającego do doliczenia obciążającego go podatku VAT do ceny oferty przy czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Powyższe stanowisko Sąd Okręgowy argumentuje stwierdzeniem, że czynność oceny ofert oraz czynność unieważnienia postępowania stanowią odrębne czynności zamawiającego.

W ocenie Prezesa Urzędu właśnie kwestia wykładni przepisu art. 91 ust. 3a ustawy PZP ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

II. Stosownie do postanowienia art. 91 ust. 3a ustawy PZP jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym

wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przedmiotowa regulacja związana jest z faktem, iż podstawowym (obligatoryjnym) kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest cena (arg. z art. 91 ust. 2 ustawy PZP). Tak więc w przypadku każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego porównanie ofert wg. kryterium ceny stanowi podstawę wyboru najkorzystniejszej oferty (arg. z art. 91 ust. 1 ustawy PZP).

Cena stanowi kwotę, którą zamawiający jest zobowiązany zapłacić wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia. W cenie uwzględnia się należny podatek VAT, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu tym podatkiem (arg. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach). Tak więc podatek VAT jest czynnikiem cenotwórczym mającym wpływ na wysokość obciążenia finansowego związanego z wykonaniem zamówienia publicznego (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r., III CZP 54/06, Lex nr 188835 i powołane tam orzecznictwo dotyczące "cenotwórczego" charakteru podatku od towarów i usług).

W świetle przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, ze zm.) obowiązek podatkowy spoczywa co do zasady na dostawcy lub usługodawcy, a w niektórych przypadkach na odbiorcy dostawy lub usługi (arg. z art. 15-17 w zw. z art. 5 ust. 1 i art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług). Tak więc w zależności od okoliczności danego przypadku zamawiający może być zobowiązany do zapłaty podatku z tytułu wykonania danego zamówienia, bądź w cenie należnej wykonawcy, bądź jako podatnik tego podatku. W tym drugim przypadku podatek VAT nie stanowi elementu ceny należnej wykonawcy (arg. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach).

Jak wskazano nie w każdym przypadku podatek VAT będzie stanowił element ceny. Nie zmienia to jednak postaci rzeczy, iż podatek VAT stanowi obciążenie finansowe spoczywające na samym zamawiającym. Zamawiający porównując zatem oferty wg. kryterium ceny w przypadku, gdy niektóre z nich zawierają podatek VAT, a niektóre nie zawierają tego podatku, otrzymuje niewłaściwy wynik co do wyboru oferty najkorzystniejszej. Najkorzystniejsze stają się bowiem te oferty, w przypadku których obowiązek podatkowy z tytułu podatku VAT spoczywa na zamawiającym, a nie wykonawcy. Powyższe prowadzi do przejścia czynnika cenotwórczego (podatku VAT) z wykonawcy na zamawiającego. Przejście to jednak w żadnym stopniu nie wpływa na zmniejszenie obciążeń finansowych po stronie zamawiającego.

Powyższa sytuacja rodzi określone skutki nie tylko dla samego zamawiającego (cena oferty nie uwzględnia wszystkich obciążeń finansowych związanych z wykonaniem zamówienia), ale także dla innych uczestników postępowania podlegających obowiązkowi podatkowemu na terytorium RP, którzy automatycznie są postawieni w gorszej sytuacji w stosunku do wykonawców nie będących podatnikami tego podatku na terytorium RP.

Taki stan rzeczy prowadzi w sposób bezpośredni do zaburzenia warunków konkurencji pomiędzy wykonawcami, a w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, poprzez faworyzowanie tych, którzy nie są zobowiązani do uwzględnienia w swojej cenie należnego podatku VAT.

Przeniesienie obowiązku podatkowego z tytułu podatku VAT – zgodnie z zasadami prawa podatkowego – z wykonawcy (dostawy, usługodawcy) na zamawiającego (odbiorę dostawy lub usługi) powinno być całkowicie indyferentne dla procesu wyboru wykonawcy zamówienia publicznego, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty. Powyższe podyktowane jest przywołanymi powyżej podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców. Powyższe należy uznać za aksjomat leżący u podstaw procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie PZP.

Wyrazem normatywnym powyższego aksjomatu jest regulacja art. 91 ust. 3a ustawy PZP, u którego podstaw (ratio legis) leży założenie eliminacji negatywnych skutków wynikających ze stosowania ceny jako kryterium wyboru ofert w sytuacji, gdy istotny czynnik cenotwórczy w postaci obowiązku zapłaty podatku VAT przechodzi, zgodnie z zasadami prawa podatkowego, z wykonawcy na zamawiającego (por. G. Wicik, P. Wiśniewski: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 472 i n.). Zastosowanie reguły doliczania do ceny oferty kwoty podatku VAT w przypadku, gdy obowiązek zapłaty tego podatku spoczywa na zamawiającym, prowadzi do neutralizacji na gruncie procedur udzielania zamówień publicznych skutków prawno-podatkowych czynności o charakterze cywilnoprawnym.

Istotnie przepis art. 91 ust. 3a ustawy PZP odnosi się literalnie tylko do jednego z prawnie możliwych przypadków, w których obowiązek zapłaty podatku VAT spoczywa na zamawiającym, tj. do wewnątrzspółnotowego nabycia towarów. Jednakże z przyczyn, o których było mowa powyżej, brak jest jakichkolwiek racjonalnych przesłanek do ograniczenia zastosowania powyższej reguły wyłącznie do przypadków wewnątrzspółnotowego nabycia towarów. Należy zatem uznać, iż w przypadkach

innych niż wewnątrzspółnotowe nabycie towarów mamy do czynienia z luką w prawie. Powyższe przemawia za potrzebą stosowania reguły wynikającej z art. 91 ust. 3a ustawy PZP w drodze analogii (analogia legis) do innych przypadków, gdy obowiązek podatkowy spoczywa na zamawiającym. Stanowisko to opiera się na założeniu konsekwencji ocen ustawodawcy.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż art. 91 ust. 3a ustawy PZP należy stosować per analogiam także do importu, z którym to przypadkiem mamy do czynienia w realiach niniejszej sprawy.

- III. Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż z unormowania zawartego w art. 91 ust. 3a ustawy PZP wynika zasada doliczania należnego podatku VAT do ceny wskazanej w ofercie, w każdym przypadku, gdy wybór takiej oferty rodzi obowiązek podatkowy po stronie zamawiającego. Za powyższym stanowiskiem przemawiają zarówno względy systemowe, jak i funkcjonalne. Przyjęcie bowiem takiego stanowiska prowadzi do sytuacji, w której kwestia podlegania obowiązkowi podatkowemu z tytułu podatku VAT przez danego wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, pozostaje indyferentna dla przebiegu postępowania. Tylko taka wykładnia wskazanego przepisu pozwala na zagwarantowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W takim bowiem przypadku kwestia, czy należny podatek VAT będzie płacony przez zamawiającego w cenie należnej wykonawcy, czy też obowiązek zapłaty tego podatku będzie spoczywał bezpośrednio na zamawiającym, nie ma wpływu na sytuację poszczególnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe oznacza, że przepisy ustawy PZP zawarte w rozdziale 4 – Wybór najkorzystniejszej oferty - działu II, winny być stosowane z uwzględnieniem zasady wynikającej z art. 91 ust. 3a ustawy PZP, tj. zasady doliczania należnego podatku VAT do ceny wskazanej w ofercie, w każdym przypadku, gdy wybór takiej oferty rodzi obowiązek podatkowy po stronie zamawiającego.

Potrzeba stosowania reguły wynikającej z art. 91 ust. 3a ustawy PZP do czynności zamawiającego związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty ujawnia się chociażby na gruncie przepisu art. 91 ust. 5 ustawy PZP. W myśl tego przepisu jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych. Przy zastosowaniu tego przepisu - w przypadku wewnątrzspółnotowego

nabycia towarów lub importu towarów - z ofertą o tej samej cenie będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy dopiero cena podana w ofercie (netto), której wybór stanowić będzie wewnątrzspółnotowe nabycie towarów (import towarów), po doliczeniu do niej kwoty należnego podatku VAT, będzie równa cenie (brutto) oferty złożonej przez wykonawcę będącego podatnikiem podatku VAT. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby bowiem, do niemożliwej do zaakceptowania z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców i zakazu dyskryminacji sytuacji, w której w świetle dokonanej oceny ofert, oferty miałyby taką samą liczbę punktów (cena brutto oferty wykonawcy będącego podatnikiem podatku VAT równa sumie ceny wskazanej w ofercie i kwoty należnego podatku VAT w sytuacji, gdy podatnikiem jest zamawiający), a jednocześnie w świetle art. 91 ust. 5 ustawy PZP oferta wykonawcy nie będącego podatnikiem VAT miałaby niższą cenę (cena netto wskazana w ofercie bez doliczenia należnego podatku VAT). Podobne zastrzeżenia powstawałyby również na tle przepisu art. 91 ust. 4 ustawy PZP, którego odniesienie wyłącznie do ceny oferty wykonawcy dokonującego wewnątrzspółnotowej dostawy (ceny netto) powodowałoby, że wykonawca ten byłby w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do wykonawców podlegających opodatkowaniu podatkiem VAT, wyłącznie z przyczyn wynikających z reguł prawa podatkowego.

Zasada doliczania należnego podatku VAT do ceny wskazanej w ofercie, w każdym przypadku, gdy wybór takiej oferty rodzi obowiązek podatkowy po stronie zamawiającego, wynikająca z art. 91 ust. 3a ustawy PZP, winna w ocenie Prezesa Urzędu znaleźć zastosowanie również w przypadku art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Dlatego też wykładnia art. 91 ust. 3a ustawy PZP ma kluczowe znaczenie dla oceny zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego.

- IV. Jak już wskazano zamawiający może być zobowiązany do zapłaty podatku z tytułu wykonania danego zamówienia, bądź w cenie należnej wykonawcy, bądź jako podatnik tego podatku. Okoliczność, który z tych dwóch przypadków wystąpi w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest całkowicie niezależna od samego zamawiającego. Przypadki te wynikają bowiem z mocy samego prawa, tj. z przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

W każdym z tych dwóch przypadków podatek VAT jest jednak czynnikiem mającym wpływ na wysokość obciążenia finansowego związanego z wykonaniem zamówienia publicznego. Tak więc planując udzielenie zamówienia publicznego i zabezpieczając środki na jego sfinansowanie, w tym konieczność zapłaty podatku VAT, zamawiający musi uwzględnić możliwość wystąpienia każdego z tych dwóch przypadków.

Powyższego ustalenia nie zmienia w żadnym stopniu fakt, iż konstrukcyjnie podatek VAT jest neutralny ekonomicznie dla podatnika. Po pierwsze, zasada ta nie ma charakteru absolutnego (arg. z art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług). Po drugie, możliwość skorzystania z prawa do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego jest uzależniona od spełnienia szeregu warunków szczegółowych. I wreszcie po trzecie, nie każdy zamawiający jest podatnikiem podatku VAT uprawnionym do korzystania z prawa do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego (arg. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15-17 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług).

W tym miejscu należy poczynić uwagę natury ogólnej, że ustawa PZP reguluje tryb udzielania zamówień publicznych nie różnicując sytuacji prawnej zamawiających w zależności od ich statusu prawnego. W tym sensie ma ona charakter uniwersalny. Tak więc te same zasady stosuje się do zamawiających posiadających status jednostek sektora finansów publicznych, jak i podmiotów prawa prywatnego (spółki prawa handlowego). Powyższe implikuje stwierdzenie, iż z poziomu przepisów ustawy PZP nie jest dopuszczalne formułowanie szczególnych ograniczeń obowiązujących jedynie w odniesieniu do niektórych kategorii zamawiających, spośród wymienionych w art. 3 ust. 1 ustawy PZP, o ile takie ograniczenia nie wynikają z brzmienia samych przepisów ustawy PZP.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż na gruncie ustawy PZP – wobec braku szczególnej regulacji ustawowej – nie ma podstaw do odmiennej oceny prawnej zakresu zastosowania art. 91 ust. 3a i art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy tej ustawy w zależności od tego, czy mamy do czynienia z zamawiającym posiadającym status jednostki sektora finansów publicznych, czy też z zamawiającym nie posiadającym takiego statusu.

Tym samym argument neutralności podatku VAT nie może być w ogóle brany pod uwagę przy ocenie zakresu zastosowania art. 91 ust. 3a oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

- V. Ustawa PZP wymaga, aby zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (arg. z art. 86 ust. 3 ustawy PZP). Kwota ta jest kwotą brutto (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 listopada 2008 r., KIO/UZP 1325/08, LEX nr 479187). Oznacza to, że zamawiający uwzględnia w tej kwocie wartość należnego podatku VAT niezależnie od tego, czy podatek ten w efekcie wyboru oferty określonego wykonawcy zostanie zapłacony w cenie należnej temu wykonawcy, czy też odrębnie z tytułu obowiązku podatkowego, który powstanie po stronie zamawiającego.

Należy przy tym zaznaczyć, iż ustawa PZP nie wymaga od zamawiających, aby określali kwotę, jaką zamierzają przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odrębnie dla przypadków, gdy podatek VAT zostanie zapłacony w cenie, i odrębnie dla przypadków, gdy obowiązek zapłaty podatku VAT będzie spoczywał na zamawiającym. Tak więc kwota podawana przez zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy PZP jest jedna i dotyczy obu przypadków.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż w kwocie, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy PZP, zamawiający uwzględnia całość kosztów związanych bezpośrednio ze sfinansowaniem zamówienia, tj. wysokość środków pieniężnych jakie może i chce przeznaczyć na jego sfinansowanie. Tym samym kwota ta stanowi maksymalny pułap wysokości akceptowanego zobowiązania, także w sytuacji, gdy obowiązek zapłaty podatku będzie spoczywał na zamawiającym.

Kwota wskazana przez zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy PZP stanowi punkt odniesienia dla ustalenia kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Powyższe nie oznacza jednak, iż w każdym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę wskazaną bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 ustawy PZP), zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której zamawiający wbrew pierwotnym założeniom przeznaczy na sfinansowanie zamówienia większą kwotę od pierwotnie planowanej (por. G. Wicik, P. Wiśniewski: *Prawo zamówień publicznych (...)*, s. 429). Powyższa decyzja należy jednak do wyłącznej kompetencji zamawiającego, a wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia nie przysługuje w tym zakresie żaden prawnie skuteczny środek (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 czerwca 2008 r., KIO/UZP 542/08 LEX nr 409429 i w wyroku z dnia 18 czerwca 2008 r., KIO/UZP 544/08 (...), LEX nr 409435, w wyroku z dnia 24 marca 2009 r. KIO/UZP 281/09, por. też wyrok z dnia 4 września 2008 r., KIO/UZP 873/08, LEX nr 458351).

Należy przy tym podkreślić, iż powyższa decyzja nie wiąże się w żadnym stopniu z obiektywną możliwością poniesienia kosztów (wydatków) w określonej kwocie (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 823/08, LEX nr 448629). Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 131/08 (nie publ.), „niekwestionowanym powinno pozostawać, że to zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania”.

Nie do obrony jest zatem pogląd, że zamawiający jest zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w każdym przypadku, gdy posiada środki finansowe wystarczające do zapłaty za zamówienie, nawet w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby bowiem zmuszenie zamawiającego do zawarcia umowy także w przypadku złożenia oferty rażąco wygórowanej, odbiegającej drastycznie od warunków rynkowych, jeżeli tylko obiektywnie posiada środki wystarczające do sfinansowania takiej umowy. Takiego stanowiska nie da się pogodzić, ani z zasadą gospodarności, do której przestrzegania są zobowiązani zamawiający należący do kategorii jednostek sektora finansów publicznych (arg. z art. 44 ust. 3 pkt 1 z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych), ani z zasadami prawidłowej gospodarki, do których przestrzegania są zobowiązani inni zamawiający.

Stanowiska tego nie da się również pogodzić z zasadą autonomii woli stron stosunków cywilnoprawnych. Podmioty cywilnoprawne (takim jest zamawiający w niniejszej sprawie) nie tracą tej autonomii przez fakt uzyskania statusu zamawiającego (art. 3 ust. 1 ustawy PZP). Ustawa PZP zobowiązuje ich jedynie – i w tym zakresie stanowi ograniczenie ich autonomii – do zastosowania otwartych i konkurencyjnych procedur do wyboru wykonawcy (kontrahenta), z którym zostanie zawarta umowa cywilnoprawna. Samo zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego nie może jednak determinować tego co będzie przez nich nabywane, a do tego sprowadza się stwierdzenie, że umowa o zamówienie publiczne powinna być zawarta zawsze, gdy zamawiający obiektywnie posiada środki wystarczające na ich sfinansowanie. Przecież należy mieć na uwadze, że zamawiający nabywają różne dobra wedle przyjętych przez siebie priorytetów. Określenie tych priorytetów wiąże się ze stworzeniem planów gospodarczych i przyjęciem budżetów dla realizacji poszczególnych zamierzeń. Planując zatem udzielenie określonego zamówienia publicznego zamawiający ustalają maksymalną kwotę jaką zamierzają przeznaczyć na jego sfinansowanie (art. 86 ust. 3 ustawy PZP). Decyzja w tym zakresie należy do wyłącznej kompetencji samych zamawiających. Do wyłącznej kompetencji zamawiających należy również decyzja o zwiększeniu środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą podali zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy PZP, w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza tę kwotę. Jeżeli zatem zamawiający dochodzi do przekonania, że zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia nie leży w jego interesie, to nie może być do tego zobowiązany. Taki obowiązek nie wynika bowiem z przepisów prawa.

Rekapitułując powyższe należy podkreślić, iż określenie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pozostaje w wyłącznej kompetencji

samego zamawiającego, co czyni na zasadzie art. 86 ust. 3 ustawy PZP poprzez wskazanie tej kwoty bezpośrednio przed otwarciem ofert. Kwota ta stanowi punkt odniesienia do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. W tym zakresie zamawiający nie ma obowiązku wykazywania, że w rzeczywistości nie ma on obiektywnej możliwości przeznaczenia wyższej kwoty na sfinansowanie zamówienia. Powyższe oznaczałoby bowiem niedopuszczalne wkroczenie w zakres wyłącznych kompetencji zarządczych zamawiającego (autonomię woli), albowiem sprowadzałoby się to do narzucenia zamawiającemu obowiązku udzielenia zamówienia ponad kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na jego sfinansowanie, co z kolei w praktyce mogłoby oznaczać konieczność rezygnacji z innych zamówień, które zamierzał udzielić w dalszej kolejności.

- VI. Stosownie do literalnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia¹.

Wskazany przepis ustawy PZP ma na celu ochronę interesów majątkowych zamawiających w sytuacji, gdy wynik przeprowadzonego postępowania prowadzi do wyboru oferty, której cena przekracza kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy czym określenie jaką kwotę zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy do wyłącznej kompetencji zamawiającego. Wyrazem powyższego określenia jest kwota podana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy PZP bezpośrednio przed otwarciem ofert. I tak kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP), nie może być mniejsza niż kwota, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy PZP (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 czerwca 2008 r., KIO/UZP 544/08 (...), LEX nr 409435). Wobec powyższego należy uznać, iż przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP znajduje zastosowanie w każdym przypadku, gdy skutki finansowe zaciągnięcia zobowiązania z tytułu udzielenia zamówienia publicznego prowadzą do zaangażowania środków finansowych w kwocie przewyższającej kwotę zaplanowaną przez zamawiającego. Przy czym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że jest dopuszczalne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, także w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty nie przekracza kwoty podanej przed otwarciem ofert, jeżeli nastąpiły zdarzenia zewnętrzne niezależne od woli zamawiającego

¹ Aktualnie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

powodujące, że nie dysponuje on już środkami finansowymi w planowanej pierwotnie wysokości (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2008 r., KIO/UZP 873/08, LEX nr 45835; tak też Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 września 2008 r., V Ca 1554/08, nie publ.).

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż przywołany przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP wiąże się w sposób immanentny z obowiązującą na gruncie systemu finansów publicznych zasadą zaciągania zobowiązań w granicach upoważnienia (arg. z art. 44 ust. 1 i art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych). Przy czym – co należy podkreślić – zaciągnięcie zobowiązania z przekroczeniem upoważnienia stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych rodzące po stronie sprawcy takiego czynu quasi karną odpowiedzialność dyscyplinarną (arg. z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.).

Podstawowym źródłem upoważnienia do zaciągania zobowiązań przez jednostki sektora finansów publicznych jest ustawa lub uchwała budżetowa albo plan finansowy (arg. z art. 44 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Powyższe oznacza, iż nie jest dopuszczalne zaciągnięcie przez jednostkę sektora finansów publicznych zobowiązania ponad kwotę wynikającą z planu wydatków (kosztów) zawartego odpowiednio w ustawie lub uchwale budżetowej albo planie finansowym. Przy czym dodatkowe ograniczenia w zakresie zaciągania zobowiązań mogą wynikać także z innych aktów niż ustawa lub uchwała budżetowa, czy plan finansowy (arg. z art. 46 ust. 2 ustawy PZP).

W tym miejscu należy wskazać, iż art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP nie różnicuje sytuacji zamawiających posiadających status jednostek sektora finansów publicznych i nie posiadających takiego statusu. Z tych też względów fakt, iż w niniejszej sprawie zamawiający będący jednoosobową spółką kapitałową Województwa Mazowieckiego nie posiada statusu jednostki sektora finansów publicznych (arg. z art. 9 pkt 14 ustawy o finansach publicznych) nie ma wpływu na jego zastosowanie. Zamawiający ten, tak jak zamawiający posiadający status jednostek sektora finansów publicznych, ma zatem możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy najkorzystniejsza oferta pociąga za sobą skutki finansowe w kwocie wyższej, niż którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy czym należy podkreślić, iż punktem odniesienia jest kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana przez niego bezpośrednio przed otwarciem ofert (arg. z art. 86 ust. 3 ustawy PZP).

Należy przy tym podkreślić, iż art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP pełni podobną funkcję również w odniesieniu do zamawiających nie posiadających statusu jednostek sektora finansów publicznych (spółki prawa handlowego). Podmioty takie kierują się zasadami prawidłowej gospodarki oraz rachunkiem ekonomicznym prowadzonej działalności. Podmioty te będąc zatem zobowiązanymi do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych zabezpieczają swój interes gospodarczy poprzez określenie maksymalnego poziomu akceptowalnego zobowiązania (art. 86 ust. 3 ustawy PZP). Nie można przy tym racjonalnie oczekiwać, iż podmioty te będą wykazywać, iż obiektywnie nie posiadają środków finansowych wystarczających na sfinansowanie zamówienia. Wystarczające jest bowiem tylko to, że uznają zawarcie danego kontraktu za gospodarczo nieuzasadnione. Podstawą do takiego stwierdzenia będzie natomiast ustalenie, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę określoną zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy PZP.

Należy również mieć na uwadze, iż w myśl postanowień ustawy PZP zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości jego odwołania. Podstawą do unieważnienia wszczętego już postępowania są jedynie okoliczności opisane enumeratywnie w art. 93 ust. 1 i 1a ustawy PZP.

Z tych też względów wykładnia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP musi uwzględniać słuszne interesy zamawiających. Jako sprzeczne ze słusznymi interesami zamawiających, które są przedmiotem ochrony na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, należy uznać pozbawienie zamawiających możliwości unieważnienia postępowania, w którym wybór najkorzystniejszej oferty powoduje po stronie zamawiającego zaangażowanie środków finansowych w kwocie ponad kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W żadnym bowiem razie zamawiający nie może być zobowiązany do zaciągnięcia zobowiązania ponad to, co sam zamierzał przeznaczyć na jego sfinansowanie. Przy czym jak już wskazano, ustalenie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy do wyłącznej kompetencji zarządczej samego zamawiającego, która w żadnym razie nie może być ograniczona przez zastosowanie procedur udzielania zamówień publicznych. Wyrazem powyżej kompetencji jest uregulowanie zawarte w art. 86 ust. 3 ustawy PZP.

Mając na uwadze wskazany powyżej ochrony cel unormowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP należy stwierdzić, iż zasada doliczania należnego podatku VAT do ceny wskazanej w ofercie, w przypadku, gdy wybór takiej oferty rodzi obowiązek podatkowy po stronie zamawiającego, wynikająca z art. 91 ust. 3a ustawy PZP, winna znaleźć zastosowanie również przy zastosowaniu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Przy czym nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, iż chodzi tu o przyjęcie odmiennej definicji ceny, aniżeli wynikająca z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy PZP. Definicja ta ma bowiem charakter legalny i wszelkie próby jej modyfikacji w drodze wykładni muszą być uznane za bezprzedmiotowe. Chodzi jedynie o to aby w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do ceny oferty doliczać należny podatek VAT w przypadkach, gdy obowiązek podatkowy z tytułu tego podatku spoczywa na zamawiającym. Zastosowanie powyższej reguły gwarantuje bowiem, że bez znaczenia dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji jego wyniku pozostawać będą reguły prawa podatkowego odnoszące się powstania obowiązku podatkowego z tytułu podatku VAT.

VII. Wskazując na powyższe nie można podzielić stanowiska Sądu Okręgowego, że zamawiający stosując art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP nie może doliczać do ceny najkorzystniejszej oferty kwoty należnego podatku od towarów i usług (VAT), w sytuacji gdy obowiązek zapłaty tego podatku spoczywa na zamawiającym.

Przyjęcie takiego stanowiska abstrahuje bowiem od stwierdzenia, że punktem odniesienia dla zaktualizowania się podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP jest kwota, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy PZP, odnosząca się w równym stopniu zarówno do przypadku, gdy podatek VAT jest płacony w cenie należnej wykonawcy, jak i przypadku, gdy obowiązek zapłaty tego podatku spoczywa na zamawiającym. W obu bowiem przypadkach wysokość obciążeń związanych z zaciągnięciem zobowiązania jest taka sama. Istotny jest zatem efekt finansowy wyboru określonego wykonawcy, a nie tylko wysokość ceny, którą zamawiający będzie zobowiązany zapłacić wykonawcy. Przy czym bez znaczenia – z przyczyn, o których było mowa powyżej – postaje konstrukcyjna neutralność ekonomiczna podatku VAT. Nadmienić tylko można, iż neutralność tego podatku występuje także w przypadku, gdy podatek ten jest płacony w cenie należnej wykonawcy, a zamawiający jest podatnikiem podatku VAT, poprzez zastosowanie instytucji obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego (arg. z art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług). Z tych względów finalny efekt ekonomiczny – uzależniony od szeregu warunków określonych w przepisach ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług – nie może być brany pod uwagę przy wykładni i stosowaniu przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Przyjęcie takiego stanowiska prowadzi ponadto do sprzeczności z przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, tj. art. 44 ust. 1 i art. 46 ust. 1. W myśl bowiem przepisów określających zasady gospodarowania środkami publicznymi

jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania w granicach upoważnienia wynikającego z planów finansowych tych jednostek. Tak więc zamawiający posiadający status jednostki sektora finansów publicznych podając kwotę, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy PZP, bierze pod uwagę wysokość środków finansowych zawartych w jego planie finansowym. W konsekwencji uznanie, że zamawiający może być zobowiązany do udzielenia zamówienia, którego skutki finansowe będą wykraczać ponad zaplanowaną przez niego na ten cel kwotę, wskazaną zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy PZP, może doprowadzić do wydatkowania środków publicznych ponad ich limit wynikający z planu finansowego.

Uznanie także, iż zamawiający może być zobowiązany do udzielenia zamówienia, którego skutki finansowe będą wykraczać ponad zaplanowaną przez niego na ten cel kwotę, wskazaną zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy PZP, prowadzi do naruszenia jego autonomii woli. Powyższe aktualizuje się ze szczególną ostrością w realiach niniejszej sprawy. Stosownie bowiem do postanowienia art. 86 ust. 3 ustawy PZP zamawiający – „Koleje Mazowieckie-KM” Sp. z o.o. określił kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w wysokości 79.233.148,07 euro. Kwota ta jest kwotą brutto i obejmuje podatek VAT. Przy czym bez znaczenia dla charakteru tej kwoty pozostaje fakt, czy podatek VAT zostanie zapłacony w cenie należnej wykonawcy, czy też przez zamawiającego jako podatnika tego podatku. Wykonawca Stadler Bussnang AG zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 76.640.000 euro. Cena ta nie zawiera podatku VAT. W przypadku zawarcia umowy z tym wykonawcą obowiązek podatkowy z tytułu podatku VAT będzie spoczywał na zamawiającym. Z tego tytułu zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty kwoty 16.860.800 euro. Tak więc łączne skutki finansowe dla zamawiającego z tytułu wyboru oferty tego wykonawcy (93.500.800 euro) będą przekraczać kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (79.233.148,07) euro o 14.267.651,93 euro.

Wskazując na powyższe należy stanąć na stanowisku, iż zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 3a oraz w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy PZP może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty po doliczeniu do niej należnego podatku VAT – w przypadku, gdy wybór takiej oferty rodzi obowiązek podatkowy po stronie zamawiającego – przekracza kwotę, którą zamawiający wskazał bezpośrednio przed otwarciem ofert, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W świetle powyższego za całkowicie uzasadniony należy uznać zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 3a per analogiam oraz w zw. z art. 86 ust 3 ustawy PZP.

VIII. Odnosząc się z kolei do wniosku o rozpoznanie niezaskarżalnego postanowienia Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie w przedmiocie odmowy dopuszczenia do udziału w sprawie Prezesa Urzędu wydanego na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r. (art. 380 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c.) pragnę wskazać, iż rozstrzygnięcie to zostało oparte na błędnej wykładni przepisu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. Prezes Urzędu może przystąpić do toczącego się postępowania sądowego w sprawie ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Przywołany przepis ustawy PZP stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w sprawach ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w charakterze uczestnika postępowania. Jednocześnie należy wskazać, iż zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy PZP Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 tej ustawy) - dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego. Ponadto Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień publicznych w zakresie przewidzianym ustawą (art. 154 pkt 11 ustawy PZP).

W świetle brzmienia przywołanych przepisów ustawy PZP nie może budzić wątpliwości, iż są to przepisy kształtujące zakres kompetencji Prezesa Urzędu jako organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych. Stanowią one bowiem o uprawnieniu Prezesa Urzędu do występowania w sprawach sądowych dotyczących rozpoznawania środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych (skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej). W tym zakresie do czynności procesowych Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze (art. 198b ust. 4 zd. 2 ustawy PZP). Tym samym należy uznać, iż udział Prezesa Urzędu w sprawie wszczętej na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej związany jest z wykonywaniem przez Prezesa Urzędu zadań publicznych pozostających w sferze *imperium*.

Na tle przywołanego art. 154 pkt 11 ustawy PZP Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 104/09 (nie publ.) uznał, iż Prezes Urzędu jest wyposażony w legitymację procesową do występowania z powództwem na podstawie art. 146 ust. 1 i 2 tej ustawy o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez potrzeby odwoływania się do interesu prawnego w tym zakresie.

Zgodnie z zasadą bezpośredniego obowiązywania nowej ustawy norma prawa jest skuteczna już od chwili wejścia jej w życie. W świetle powyższego należy uznać, iż od dnia 29 stycznia 2010 r., tj. od daty wejścia w życie art. 198b ust. 4 ustawy PZP, Prezes Urzędu został wyposażony w kompetencję do przystępowania do toczących się postępowań sądowych ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odstępstwo od zasady bezpośredniego obowiązywania nowej ustawy może wynikać wyłącznie, bądź z przepisów intertemporalnych, bądź z zasady ochrony praw nabytych. W niniejszej sprawie żaden z tych przypadków nie ma miejsca.

W szczególności podstawy dla przyjęcia odmiennego stanowiska nie stanowi przywołany art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. W myśl tego przepisu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. W przepisie tym, ani w żadnym innym przepisie tej ustawy nie ma mowy o kompetencji Prezesa Urzędu do przystępowania do toczących się postępowań sądowych wszczętych na skutek skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Oznacza to, iż wraz z wejściem w życie tej ustawy Prezes Urzędu uzyskał prawo do przystąpienia do toczących się postępowań sądowych na zasadzie art. 198b ust. 4 ustawy PZP.

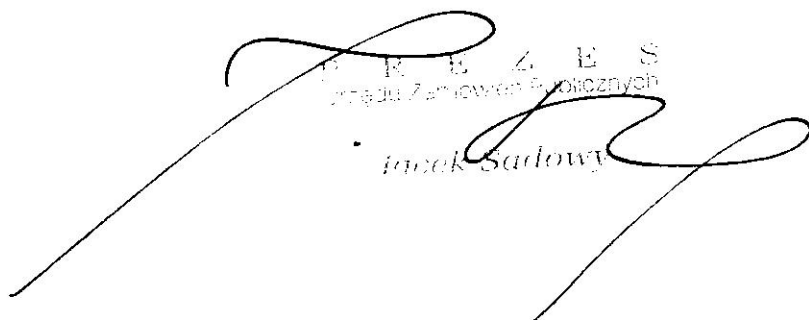
Należy przy tym wskazać, że gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie przedmiotowej kompetencji Prezesa Urzędu wyłącznie do skarg wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu 29 stycznia 2010 r. wówczas uregulowałby tę kwestię wprost w przepisach międzyczasowych zawartych w ustawie z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Przy czym należy nadmienić, iż przepisy międzyczasowe ustawodawca zawarł w tej ustawie w odniesieniu do innej kompetencji Prezesa Urzędu, tj. kompetencji do przeprowadzania kontroli zamówień publicznych (art. 161-art. 171a ustawy PZP). Zgodnie bowiem z art. 5 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw do kontroli udzielania zamówień publicznych wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Brak analogicznej reguły międzyczasowej w odniesieniu do kompetencji wynikającej z art. 198b ust. 4 ustawy PZP oznacza, iż przepis ten stosuje się bezpośrednio wraz z wejściem w życie tego przepisu.

Wskutek odmowy dopuszczenia Prezesa Urzędu do udziału w sprawie Sąd Okręgowy nie wziął pod uwagę argumentacji prawnej przedstawionej w pismach procesowych Prezesa

Urzędu z dnia 17 maja 2010 r. oraz z dnia 13 lipca 2010 r., a podniesionej również w ramach uzasadnienia podstaw niniejszej skargi kasacyjnej. Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy przez Sąd Okręgowy.

- IX. Prezes Urzędu jako centralny organ administracji publicznej (statio fisci Skarbu Państwa) jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594, ze zm.) z obowiązku uiszczania opłat.

Wskazując na powyższe należy uznać, iż niniejsza skarga kasacyjna jest konieczna i w pełni uzasadniona.


PREZES
Urzędu Zamówień Publicznych
Izba Sądowa

ej.