

Sygn. akt KIO 313/11

WYROK
z dnia 1 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 lutego 2011 r. przez **Szymona Rapła, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SZART Szymon Rapel, ul. Pionierów 55, 62-510 Konin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Miasto Konin – Urząd Miejski w Koninie, Plac Wolności 1, 62-500 Konin**

przy udziale **Piotra Zbyszewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AGROMAX, ul. Sosnowa 13, Wola Podłęzna, 62-510 Konin** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Konin – Urząd Miejski w Koninie, Plac Wolności 1, 62-500 Konin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Szymona Rapła, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SZART Szymon Rapel, ul. Pionierów 55, 62-510 Konin** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Miasto Konin –Urząd Miejski w Koninie, Plac Wolności 1, 62-500 Konin** na rzecz **Szymona Rapła, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SZART Szymon Rapel, ul. Pionierów 55, 62-510 Konin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Konin - Urząd Miejski w Koninie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pn. „Utrzymanie, pielęgnacja i porządkowanie zieleni miejskiej na terenie Konina”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 7 lutego 2011 r. zamawiający, pismem nr WP.341-68/10 przesłanym w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym Szymona Rapła, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SZART Szymon Rapel, ul. Pionierów 55, 62-510 Konin (dalej: „odwołujący” lub „SZART”) o odrzuceniu jego oferty w zakresie części zamówienia Rejon III w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp tj. jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Jednocześnie zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Piotra Zbyszewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy AGROMAX, ul. Sosnowa 13, Wola Podłęzna, 62-510 Konin (dalej: „AGROMAX” lub „przystępujący”) jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że odwołujący w poszczególnych pozycjach formularza cenowego zawartego w ofercie, tj. w poz. 13, 14, 15, 19, 20, 21, 25, zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT tj. 8%, podczas gdy w świetle prawa podatkowego właściwą była stawka podatku na poziomie 23%. Zamawiający podnosił, że podanie błędnej stawki podatku VAT skutkuje tym, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić w oparciu o przepisy art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, w konsekwencji oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W dniu 15 lutego 2011 r. SZART wniósł odwołanie od ww. czynności, zarzucając zamawiającemu w zakresie części dotyczącej Rejonu III:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy poprzez odrzucenie oferty, pomimo iż oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty AGROMAX, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący żądał w zakresie części postępowania dotyczącej Rejonu III:

1. uwzględnienia odwołania,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy AGROMAX,

3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazywał między innymi, że swoje stanowisko oparł na twierdzeniu, iż zastosował właściwe stawki podatku VAT, w oparciu o indywidualną interpretację Ministerstwa Finansów wydaną w analogicznej sprawie. Ponadto odwołujący powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z którym „przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem podatnika - wystawcy faktury (czyli wykonawcy na gruncie zamówień publicznych). Jeżeli intencja wykonawcy co do wykonania zamówienia za podaną cenę, uwzględniającą odpowiedni wedle uznania tego wykonawcy podatek od towarów i usług nie budzi wątpliwości, to rzeczą zamawiającego jest przyjąć tak złożone oświadczenie woli i poddać je ocenie zgodnie z jego treścią (...) Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług, w inny sposób aniżeli przez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. W konsekwencji zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy, tak jak nie jest uprawniony do weryfikowania oświadczenia woli wykonania zamówienia za wskazaną cenę w innym zakresie, aniżeli wyznaczony przepisami art. 91 p.z.p”.

Odwołujący wskazywał, że przed sporządzeniem przedmiotowej oferty z należytą starannością zbadał prawno-podatkową kwestię stawek podatku VAT jakie należy zastosować do niniejszego zamówienia. Odwołujący oparł się na interpretacji indywidualnej Ministra Finansów Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 09.10.2008 r. Podnosił, że interpretacja dotyczyła analogicznego stanu faktycznego - przetargu na bieżące utrzymywanie terenów zieleni miejskiej. Według treści tej interpretacji: „Zgodnie z treścią art. 41 ust. 2 dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. W pozycji 135 załącznika nr 3 wymienione zostały "Usługi związane z rolnictwem oraz chowem i hodowlą zwierząt, z wyjątkiem usług weterynaryjnych, podkuwania koni i schronisk dla zwierząt" PKWiU ex 01.4 (ex - dotyczy tylko danego wyrobu/usługi z danego grupowania). Z objaśnień do załącznika nr 3 wynika, że wykaz nie ma zastosowania dla zakresu sprzedaży towarów i świadczenia usług zwolnionych od podatku VAT lub opodatkowanych stawką 0% i 3%. W grupowaniu PKWiU 01.41.12-00.00 mieszczą się usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych. W świetle powołanych wyżej przepisów należy stwierdzić, że w sytuacji gdyby przetarg, o którym mowa w ww. wniosku dotyczył utrzymania zieleni miejskiej, a

Wnioskodawca sklasyfikowałby świadczone w ramach tego zadania roboty jako usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych PKWiU 01.41.12-00.00, wówczas - na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy o VAT (załącznik nr 3 poz. 135) - właściwa dla tych usług będzie stawka podatku w wysokości 7%".

Odwołujący podkreślał, że w swojej ofercie zastosował stawkę 23% tylko do tych pozycji formularza cenowego, które dotyczyły zakupu towarów (zakupu koszy, ławek parkowych itp.). W pozostałym zakresie zamówienie wchodzi w zakres pojęcia „usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych”, które to usługi - zgodnie z w/w urzędową interpretacją - objęte są preferencyjną stawką 7 %, obecnie - od 1 stycznia 2011 r. – stawką podatku VAT 8%. Ponadto odwołujący podnosił, że zgodnie z informacją Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 31.10.2005 r. nr OK.5672/KU-6021/2005 usługi polegające na utrzymywaniu zieleni miejskiej zostały zakwalifikowane w grupowaniu PKWiU 01.41.12-00.00 „usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”.

Jednak przede wszystkim odwołujący podnosił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli zamawiający nie przedstawił swoich wymogów dotyczących stawek podatku powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy, a w przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki VAT to na podatniku (wykonawcy) będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz będzie odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie i przekazanie przed organami skarbowymi. Wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wskazał w specyfikacji jakie należy zastosować stawki podatku VAT. Z interpretacji orzeczeń Izby wywodził, że jedynym organem uprawnionym do interpretacji przepisów prawa podatkowego jest Minister Finansów, zaś prawidłowość przedmiotowej interpretacji podlega ocenie sądu administracyjnego (art. 14c § 1 ustawy Ordynacja podatkowa w zw. z art. 3 § 2 pkt 4a ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnym (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.). Zdaniem odwołującego, jeśli zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej zobowiązania wykonawców do zastosowania się do jej treści. Wskazywał, że stanowisko zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w siwz, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy. Podkreślał, że kwestia powyższa w systematyczny i wyczerpujący sposób została przedstawiona w wyroku Izby z dnia 07.07.2010 r. sygn. akt KIO 1280/10, w którym stwierdzono, że „W postępowaniu, którego celem jest doprowadzenie do zawarcia umowy w sprawie o zamówienie publiczne wykonawca posiada względnie niewielki stopień wpływu na przedmiot tego postępowania - ten bowiem określa specyfikacja istotnych warunków zamówienia, natomiast cena jest tym elementem oferty, który w zasadzie w całości jest objęty sferą dyspozytywności wykonawcy (wyjąwszy teoretyczną jedynie sytuację, gdy będziemy mieli do czynienia z ceną sztywną, w

rozumieniu 537 § 1 k.c.) (...) W związku z tym należy przyjąć, że cena podlega kontroli zamawiającego tylko w takim zakresie jaki wynika wprost z przepisów prawa" (...) Strony czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. (...) Poza wskazanym wyżej, cywilistycznym charakterem oferty (a tym samym zawartej w niej ceny) potwierdzeniem tezy, zgodnie którą ustalenie wysokości podatku od towarów i usług wchodzącego w skład ceny podlega wyłącznie wykonawcy, jest regulacja zawarta w przepisach prawa podatkowego. Dostrzec trzeba w tym miejscu, że obowiązek zaklasyfikowania do właściwego grupowania statystycznego, a w konsekwencji zastosowania właściwej stawki podatku od towarów i usług spoczywa na wykonawcy (podatniku - na gruncie przepisów prawa podatkowego). (...) „Zarówno zamawiający jak również Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do rozpatrywania sporów na płaszczyźnie interpretacji przepisów prawa podatkowego - to zadanie, jak wykazano powyżej, wykonuje bowiem Minister Finansów (z jego upoważnienia dyrektorzy czterech izb skarbowych - wydając interpretacje indywidualne; lub samodzielnie - wydając interpretacje ogólne w celu zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego lub Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z art. 14 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej], bądź - w ramach postępowania podatkowego a następnie kontroli skarbowej - naczelnicy urzędów skarbowych, lub w ramach kontroli skarbowej - dyrektorzy urzędów kontroli skarbowej (...) Nie jest dopuszczalne sprowadzanie kwestii właściwej stawki podatku do spraw dowodowych - w oparciu o przedłożone przez strony interpretacje prawa podatkowego. Następnym powyższego byłoby bowiem uznanie, że dopuszczalne jest prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność obowiązującego prawa (tu: podatkowego, w zakresie prawidłowej stawki podatku od towarów i usług) a także dokonywanie oceny "dowodu" w postaci różnych interpretacji prawa podatkowego. (...) Błędne wskazanie stawki podatku od towarów i usług, jakkolwiek niewątpliwie wpływa na cenę w rozumieniu ustawy o cenach (a tak, z mocy art. 2 pkt 1 należy rozumieć pojęcie ceny na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych), to nie stanowi błędu w obliczeniu w ścisłym tego słowa znaczeniu. Jest ono bowiem raczej wynikiem błędu co do prawa, będącego następstwem niezajomości regulacji prawa podatkowego obowiązującego w tym zakresie (...) W Prawie zamówień publicznych brak jest przepisu, który pozwalałby zamawiającemu dokonywać weryfikacji zachowania podatnika na gruncie norm prawa podatkowego (odmiennie od wyrażonego w art. 90 ustawy uprawnienia do badania poprawności kalkulacji ceny). (...) Jeśli zatem którakolwiek ze stron czynności prawnej na etapie wykonania umowy (wystawienia faktur) dojdzie do przekonania o zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług, może zainicjować korektę w tym zakresie, przy czym w takim wypadku

zamawiający zawsze zobowiązany będzie świadczyć nie więcej aniżeli przewidziano w umowie”.

Na koniec prezentowanej argumentacji odwołujący podkreślał, że gdyby nawet zastosował stawki podatku VAT według interpretacji zamawiającego to i tak jego cena byłaby najniższa, a tym samym ofertę należałoby uznać za najkorzystniejszą.

W dniu 16 lutego 2011 r. zamawiający przesłał kopię odwołania SZART wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 18 lutego 2011 r. w formie pisemnej (pismo opatrzone prezentatą Izby) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca AGROMAX.

W dniu 25 lutego 2011 r. zamawiający, podczas rozprawy złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W części IX „Opis sposobu obliczania ceny oferty” w pkt. 19 siwz zamawiający wymagał aby cena była wyliczona przez wypełnienie formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 (odpowiedni dla każdego rejonu). Dodatkowo zamawiający wskazał, że cena musi zawierać wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia i ma być wyliczona według wzoru: $Cena\ (netto) +\ podatek\ VAT =\ cena\ (brutto)$.

Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 3 do siwz w zakresie rejonu III zawierał następujące kolumny: „L.p.”, „Zakres prac od dnia 01.03.2011 r. do 31.12.2011”, „Jedn. ha/szt/m2/mb/km”, „Cena jedn.”, „Stopa % Podatku VAT”, „Wysokość podatku VAT w zł”, „Wartość prac netto w zł”, „Wartość prac brutto w zł”. W formularzu wyspecyfikowano 27 pozycji. Pozycje o nr: 11, 12, 13, 15, 20, 21 w kolumnie pn. „Jedn. ha/szt/m2/mb/km” zostały podzielone na poszczególne rubryki, i tak :

- poz. 11 „Utrzymanie terenów nie zagospodarowanych pod zieleń miejską i koszenie chwastów (zakres prac zgodnie z załącznikiem nr 1) zawierała 2 rubryki z następującym podziałem: 1,9700 ha, drzewa 50 szt., Krzewy 1000 m2;
- poz. 12 „Pielęgnacja terenu w parku Laskowiec (zakres prac zgodnie z załącznikiem nr 1) zawierała 2 rubryki z następującym podziałem: 1,9700 ha, drzewa 50 szt.;
- poz. 13 „Naprawa i malowanie ławek i koszy (wg potrzeb) zawierała 2 rubryki z następującym podziałem: ławek 200 szt., koszy 200 szt.;
- poz. 15 „Pielęgnacja terenu zielonego ul Wyszyńskiego (zakres prac zgodnie z załącznikiem nr 1) zawierała 2 rubryki z następującym podziałem: 0,1832 ha, 0,0875 ha;
- poz. 20 „ Pielęgnacja terenu w parku 700-lecia (zakres prac zgodnie z załącznikiem nr 1) zawierała 4 rubryki z następującym podziałem: 0,3481 ha, 4,6100 ha, 201m2, 7 szt. urządzeń;
- poz. 21 „Naprawa urządzeń zabawowych, metalowych i drewnianych wraz z piaskownicami na placach zabaw (zakres zgodnie nr 1 lit a, b, c, d, e, f) z zał. wg potrzeb) zawierała 5 rubryk z następującym podziałem: 107 szt. urządzeń, 3 szt, 10 szt., 20 szt., 107 szt.

Pod tabelą zawartą w załączniku zamawiający sprecyzował wymaganie podania kwot: netto i brutto oraz podatku VAT w złotych a także stawki podatku VAT. Tożsame wymaganie w zakresie podania ww. kwot (z wyłączenie stawki podatku VAT) zamawiający sformułował w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 2 do siwz

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 11 do siwz w § 5 w pkt. 1 określił, że wynagrodzenie za prace objęte umową wynosi: kwota netto + podatek VAT = kwota brutto, które jest zgodne ze stawkami określonymi w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Ponadto w pkt. 2 ww. paragrafu wskazał, że na wynagrodzenie określone w § 3 składają się wszystkie poniesione przez wykonawcę koszty tj. materiałów, robocizny, sprzętu i innych niezbędnych do realizacji umowy w okresie jej obowiązywania.

W § 3 pkt. 1 wzoru umowy zamawiający sprecyzował, że szczegółowy zakres rzeczowo – finansowy do wykonania określony będzie każdego miesiąca w ostatnim dniu roboczym poprzedzającym następny miesiąc w miesięcznych harmonogramach przedstawionych do zatwierdzenia przez zamawiającego.

W § 9 wzoru umowy wskazano, że strony dopuszczają możliwość zmiany postanowienia umowy w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT.

Zamawiający w części VI siwz „Kryteria oceny ofert” wskazał, że spośród ważnych ofert wybierze ofertę z najniższą ceną (Kryterium: cena – 100%).

Odwołujący zaoferował wykonanie zamawianej usługi za kwotę brutto 276.840,62 zł., w tym kwota podatku VAT 22.847,82 zł. Wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą (przystępujący do niniejszego postępowania po stronie zamawiającego) zaoferował wykonanie ww. usługi za kwotę 323.311,76 zł brutto, w tym kwota podatku VAT 34.194,16 zł.

W formularzu cenowym w kolumnie „Stopa podatku VAT” w pozycjach: 13, 14, 15, 19, 20, 21, 25 odwołujący przyjął stawkę podatku VAT na poziomie 8 %, i tak:

- poz. 13 „Naprawa i malowanie ławek i koszy (wg potrzeb),
- poz. 14 „Naprawa i malowanie pomnika Inwalidów Wojennych ul. Wyszyńskiego”,
- poz. 15 „Pielęgnacja terenu zielonego ul Wyszyńskiego (zakres prac zgodnie z załącznikiem nr 1),
- poz. 19 „Montaż w/w urządzeń (tzn. ławki parkowe – betonowe)”,
- poz. 20 „ Pielęgnacja terenu w parku 700-lecia (zakres prac zgodnie z załącznikiem nr 1),
- poz. 21 „Naprawa urządzeń zabawowych, metalowych i drewnianych wraz z piaskownicami na placach zabaw (zakres zgodnie nr 1 lit a, b, c, d, e, f),
- poz. 25 „Naprawa ogrodzenia wraz z dwiema furtkami na placu zabaw ul. Wyzwolenia”.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy AGROMAX.

Przedmiotem sporu jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na zastosowanie w poszczególnych pozycjach formularza cenowego zawartego w jego ofercie stawki podatku od towarów i usług na poziomie 8 % zamiast stawki 23 %. Tym samym odpowiedzi wymaga pytanie czy zamawiający zobowiązany był w świetle stanu faktycznego analizowanej sprawy do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, stawki podatku od towarów i usług dla poszczególnych rodzajów usług nie zostały wprost określone i narzucone przez zamawiającego w postanowieniach siwz, jako wiążąca dla wykonawców. Zamawiający poprzestał jedynie na postawieniu wymogu podania stawek ww. podatku w formularzu cenowym, który miał stanowić załącznik do oferty, zarówno w stosunku do kwoty całkowitej jak również w odniesieniu do każdej z poszczególnych pozycji formularza cenowego.

Nie sposób też zgodzić się też z pełnomocnikiem zamawiającego, który podczas rozprawy podnosił, że w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do siwz w pozycjach 13, 15, 20 i 21 rozdzielił dane, które objęte będą różnymi stawkami VAT, co miało w jego opinii wskazywać na zastosowanie w tym przypadku dwóch różnych stawek podatku VAT. Izba wskazuje, że z samego jedynie rozdzielenia danych w pozycjach 13, 15, 20 i 21 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do siwz, bez jakiegokolwiek dodatkowej informacji w zakresie zróżnicowania stawek podatku VAT, nie wynika wprost intencja zamawiającego, który poprzez właśnie takie ukształtowanie tabeli chciał wskazać na dwie różne stawki ww. podatku.

Biorąc pod uwagę powyższe jasnym jest, iż zamawiający nie wskazał określonych stawek podatku od towarów i usług, które należało zastosować do obliczenia cen zawartych w poszczególnych pozycjach formularza cenowego. Tym samym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zachodzi przypadek, w którym określony sposób obliczenia ceny zastosowany przez wykonawcę (np. zastosowanie określonych stawek VAT) uznany być może za sprzeczny z wymaganiami siwz w tym zakresie.

Wobec tego spór w niniejszej sprawie sprowadza się do stwierdzenia czy niezgodna z przepisami podatkowymi stawka VAT podana formularzu cenowym zawartym w ofercie jest błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i tym samym pociąga za sobą konieczność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie ww. przepisu.

Izba, na gruncie stanu faktycznego niniejszej sprawy, po przeanalizowaniu występujących okoliczności, z uwzględnieniem argumentacji, które legły u podstaw wcześniejszych orzeczeń Izby w odniesieniu do analogicznego zagadnienia prawnego, uznała, iż niewłaściwe wskazanie stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny. Z tego względu Izba nie ustalała prawidłowości stawki podatku od towarów i usług zastosowanej w ofercie odwołującego, z uwagi na fakt, że w ocenie Izby jest to zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy. Istotą sporu jest bowiem nie tyle wysokość stawki podatku, co możliwość odrzucenia oferty - w przypadku zastosowania stawek, zdaniem zamawiającego niewłaściwych - jako oferty obciążonej błędem w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W ocenie Izby, na pytanie, czy przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp znajduje zastosowanie w przypadku niewłaściwego wskazania podatku od towarów i usług w poszczególnych pozycjach formularza cenowego załączonego do oferty, należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną w podobnych sprawach w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 29 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP/260/10), 18 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1053/10), z 7 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1287/10), z 7 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1280/10), z dnia 14 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1405/10), z dnia 30 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1476/10), z 13 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1620/10), z 23 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1667/10), z 6 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1779/10), z 7 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1884/10), z 20 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2194/10), z 5 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2326/10), z dnia 4 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2746/10), z dnia 1 lutego 2011 (sygn. akt KIO 106/11).

Przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, który określa zamknięty katalog okoliczności stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, nie ustanawia *expressis verbis* jako podstawy jej odrzucenia zastosowania do obliczenia ceny ofertowej nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług. Przyjęcie za taką podstawę punktu 6 tego artykułu może zatem wynikać jedynie z określonej wykładni tego przepisu, prowadzącej do utożsamienia błędu w obliczeniu ceny z niewłaściwym podaniem podatku od towarów i usług. W ocenie Izby wykładnia taka jest jednak nieuprawniona.

Zdaniem Izby zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, przede wszystkim sprowadzało się będzie do sytuacji, gdy wykonawca obliczając cenę swej oferty nie zastosował się do sposobu obliczenia ceny opisanego w siwz i otrzymał cenę ofertową inną niż w przypadku postępowania zgodnie z instrukcjami zamawiającego. Przykładem takiego błędu jest przede wszystkim omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny inna niż oczywista (oczywistą omyłką rachunkową zamawiający obowiązany jest poprawić na mocy art. 87 ust. 2 pkt 2). Innym błędem może być tu np. obliczenie średniej arytmetycznej jakichś wielkości

zamiast średniej ważonej, przyjęcie do obliczenia ceny innej wielkości niż żądał Zamawiający (np. stawki WIBOR IM zamiast stawki WIBOR 3M przy obliczeniu stopy oprocentowania kredytu), przyjęcie wielkości z innego dnia, niż wymagał zamawiający (np. ceny hurtowej paliwa z dnia złożenia oferty zamiast z dnia publikacji ogłoszenia), powiększenie wielkości o pewien wskaźnik zamiast pomniejszenia, czy inne odstępstwa od algorytmu obliczania ceny określonego w siwz. Na marginesie należy stwierdzić, że z treści art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz innych przepisów ustawy, nie wynika żaden algorytm „obliczania” ceny z uwzględnieniem obowiązującej stawki podatku VAT i tym samym przepisy prawa same przez się nie ustanawiają normatywnego wzorca prawidłowości obliczania ceny, do którego można odnieść prawidłowość działań wykonawcy w tym zakresie (z konsekwencją odrzucenia jego oferty), (wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r. o sygn. akt KIO 2746/10).

W ocenie Izby to właśnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy przypisać możliwość określenia żądanego sposobu obliczania ceny, względem którego należy następnie oceniać prawidłowość cen ofertowych w tym zakresie i na podstawie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy odrzucać oferty zawierające błędy w obliczeniu ceny. Tym samym to właśnie postanowienia siwz w przedmiocie sposobu obliczenia ceny warunkują zastosowanie ww. przepisu.

Należy zwrócić uwagę na fakt, który również został podniesiony w przywołanych powyżej wyrokach Izby, iż naliczenie i odprowadzenie podatku VAT obciąża wykonawcę jako podatnika (wystawcę faktury VAT) i to on ponosi ryzyko i pełną odpowiedzialność z tego tytułu, w tym odpowiedzialność karnoskarbową. Powyższe wynika z treści przepisu art. 103 oraz 106 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.). Tym samym nie dopuszcza się jakiegokolwiek dowolności w rozliczeniach prawno-podatkowych wykonawcy. W chwili powstania obowiązku podatkowego wykonawca nie ma żadnej swobody w zastosowaniu stawki podatku VAT, zobligowany jest do przyjęcia stawki wynikającej w przepisów obowiązujących w dacie powstania obowiązku podatkowego.

Podkreślenia wymaga, że uwzględniona w ofercie stawka czy kwota podatku VAT nie wpływa w żaden sposób na porównywalność ofert, na wynik ich oceny, gdyż zamawiający dokonując oceny ofert bierze pod uwagę ceny ofertowe brutto, a więc wykonawca nie może – posługując się określoną stawką podatku – wpłynąć na swoją pozycję w rankingu ofert. Zatem fakt uwzględnienia określonej stawki przy wskazaniu w ofercie wysokości podatku od towarów i usług nie ma wpływu na zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej, zaoferowana cena brutto wiąże wykonawcę i pozostaje niezmienna w toku realizacji zamówienia, niezależnie od zmian przepisów podatkowych w okresie między złożeniem oferty a realizacją zamówienia oraz od rozliczeń wykonawcy z

organami podatkowymi, nie stwarza więc żadnego ryzyka po stronie zamawiającego. Jednym z przypadków w których cena może być zmienna jest zawarcie odpowiednich klauzul waloryzacyjnych w umowie o realizację przedmiotu zamówienia. Nie mniej Izba zwraca uwagę, że jest to bez znaczenia dla rozważań dotyczących etapu oceny ofert w kontekście przesłanek odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 Pzp.

Podkreślić należy, że nie tylko przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiających do weryfikowania wysokości podatku uwzględnionego w ofercie. Również przepisy Kodeksu cywilnego, mające zastosowanie do umów o zamówienia publiczne, nie przewidują sankcji nieważności czynności prawnych w przypadku wystąpienia błędów o charakterze podatkowym, a strony tych czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP/260/10, przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny stanowi nadmierne przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę normowania prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (art. 2 ust. 13 i art. 14 Pzp). Z kolei w wyroku KIO 1280/10 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, nawiązując do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006r., w sprawie o sygn. III CZP 54/06, że *podatek od towarów i usług jest elementem ceny, tym samym zastosowanie właściwej stawki podatku objęte jest sferą dyspozytywności wykonawcy. W związku z tym należy przyjąć, że cena podlega kontroli zamawiającego tylko w takim zakresie jaki wynika wprost z przepisów prawa. (...) cena, w skład której wchodzi przecież podatek od towarów i usług (kwota tego podatku ustalona w wyniku zastosowania właściwej stawki) jest kategorią w pełni umowną, podlegającą dyspozycji wykonawcy, który składa ofertę i na rzecz którego będzie dokonywana zapłata za wykonanie zamówienia. Wniosek powyższy znajduje wprost umocowanie w brzmieniu art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie którymi do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, oraz że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Na odrębność zobowiązań podatkowych od treści stosunków cywilnoprawnych wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie o sygn. III RN 170/01, w którym stwierdził, że *zobowiązanie podatkowe ma charakter publiczno-prawny, a nie cywilnoprawny i dlatego zarówno obowiązku podatkowego, jak i odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe nie można wyprowadzać z postanowień umowy cywilnoprawnej.* Podobnie wskazał w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 maja 1999r. w sprawie III SA 5036/98, Naczelny Sąd Administracyjny: *treść umowy cywilnoprawnej ma skutek wyłącznie pomiędzy*

stronami tej umowy i nie może modyfikować treści obowiązku podatkowego, który jest stosunkiem administracyjnoprawnym między poszczególnymi podatnikami a budżetem państwa i kształtowany jest bezpośrednio przez normy prawa podatkowego.

Niezależnie od powyższego zaznaczyć należy, że przy ustalaniu ceny ofertowej nie ma miejsca stosowanie przepisów podatkowych w znaczeniu obliczenia wysokości zobowiązania podatkowego. Złożenie oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne nie prowadzi bowiem do powstania obowiązku podatkowego wykonawcy – obowiązek ten co do zasady powstaje z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi (art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.). Wykonawca zobowiązany jest więc do zastosowania prawidłowej (wynikającej z przepisów powszechnie obowiązujących) stawki podatku VAT w wystawionej fakturze. Nie oznacza to, że stosuje określoną stawkę w ofercie, w której jedynie oświadcza, iż cena ofertowa uwzględnia podatek od towarów i usług, a wysokość tego podatku ma charakter informacyjny.

Izba wskazuje ponadto, że za słusznością prezentowanego stanowiska przemawia definicja ceny zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, do której odsyła Pzp w art. 2 pkt 1. Według tej definicji – cena, to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w 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. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2746/10, *„powołana definicja nie nakłada na adresatów ustawy o cenach jakichkolwiek obowiązków związanych ze sposobem obliczenia ceny. Przepis określa jedynie w jakim znaczeniu terminem tym posługuje się ustawa o cenach oraz oznacza, że w przypadku braku odmiennego ukształtowania stosunku umownego przez strony, w cenie, wskazanej jako zapłata na rzecz wykonującego świadczenie niepieniężne przedsiębiorcy, zawiera się podatek od wartości dodanej. Użyty w definicji ceny zwrot „uwzględnia się” nie oznacza, iż podatek od towarów i usług, i w jakiej wysokości, uwzględnić ma faktycznie sprzedawca. Oznacza natomiast, iż podatek taki w określonych zakresie normowania przypadkach uznaje się za wliczony w cenę (w wynikającej z obowiązujących przepisów wysokości)”*.

Istotne jest, że postępowanie o zamówienie publiczne zmierza do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego (zawarcie umowy o dostawę, usługi lub roboty budowlane), a cena ofertowa jest elementem oświadczenia woli podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wobec tego niewątpliwym jest, że uwzględniony w cenie podatek VAT jest tylko jednym z wielu elementów ceny, a ustalenia jego wysokości w ofercie – jako niewiążącego z prawnopodatkowego punktu widzenia – nie można oceniać w kategoriach błędu.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w postępowaniach o zamówienia publiczne brak jest podstaw (wynikających zarówno z literalnego brzmienia przepisów, jak i z wykładni celowościowej) do przypisania zamawiającemu obowiązku bądź uprawnienia do weryfikacji wysokości przyszłych zobowiązań prawno-podatkowych wykonawców. Niecelowe jest również dokonywanie takiej weryfikacji przez organy orzekające, jako że niezależnie od jej wyników, brak będzie podstaw do odrzucenia oferty, a w konsekwencji brak wpływu na przebieg i wynik postępowania o zamówienie publiczne. Przyjęcie takiego stanowiska nie tylko pozwala uniknąć negatywnych skutków dla pewności i bezpieczeństwa prowadzenia działalności gospodarczej, ale jest spójne z obowiązującym systemem prawnym, przypisującym poszczególnym podmiotom określone kompetencje i odpowiedzialność. Stanowisko odmienne jest nie tylko niecelowe, nie służy bowiem ani ochronie interesów Zamawiającego, ani zapewnieniu wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim nie wpisuje się w obowiązujący system prawny i jest nie do pogodzenia z założeniem racjonalności ustawodawcy.

Zatem należy uznać, że zamawiający winien był dokonać porównania złożonych ofert w takich kwotach jakie wykonawcy podali w złożonych ofertach z uwzględnieniem podanych przez nich stawek i kwot podatku od towarów i usług zawartych w formularzu cenowym, a następnie na podstawie tak przeprowadzonej oceny dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tym samym Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, bowiem zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego, mimo że nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Konsekwencją ww. czynności było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę przystępującego z ceną 323.311,76 zł brutto, podczas gdy cena oferty odwołującego wynosi 276.840,62 zł brutto. W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę, że jedynym kryterium oceny ofert ustanowionym przez zamawiającego jest cena (100%) to za ofertę najkorzystniejszą należy uznać ofertę SZART.

Wobec powyższego Izba działając na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie, bowiem stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty odwołującego w kwocie 3.600 zł. stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika w oparciu o przedłożoną fakturę VAT.

Przewodniczący

.....

Członkowie:

.....

.....