

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 marca 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 lutego 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego PKP Intercity S.A., ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 12 lutego 2015 r. (znak: UZP/DKD/KND/29/13) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa usługa utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach PKP Intercity” - zadania A, C, F, G, I, J, K,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 12 lutego 2015 r. (znak: UZP/DKD/KND/29/13) nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego przez zamawiającego PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie, w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą „kompleksowa usługa utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach PKP Intercity - zadanie A, C, F, G, I, J, K”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany w skrócie „Prezes UZP” i zamiennie „organ kontrolujący” lub „kontrolujący”) stwierdził naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej w skrócie „ustawą Pzp” lub „ustawą”), przedstawione w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 12.02.2015 r., znak: UZP/DKD/KND/29/13 - Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku, punkty 1-4.

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2011 r. Zamawiający podzielił zamówienie na 15 zadań oznaczonych literowo od A do O, w tym od A do K na wagony osobowe, od L do O na lokomotywy.

W ramach zadań A - K, w dniu 26 stycznia 2012 r. zostały złożone oferty przez następujących wykonawców - ceny z niżej wskazanymi stawkami podatku VAT:

- zadanie A - Zakłady Usługowe Centrum-Usługa Sp. z o.o., 8% i 23%;
- zadanie B - 1. WIKO Handel-Usługi B. K., 8% i 23%;
2. Impel Cleaning Sp. z o.o., 23%;
- zadanie C - Zakłady Usługowe Centrum-Usługa Sp. z o.o., 8% i 23%;
- zadanie D - 1. Zakłady Usługowe Centrum-Usługa Sp. z o.o., 8% i 23%;
2. DC System Sp. z o.o., 23%;
- zadanie E - 1) Zakłady Usługowe Wschód Sp. z o.o., 8% i 23%;
2) Impel Cleaning Sp. z o.o., 23%;
- zadanie F - Zakłady Usługowe Południe Sp. z o.o., 8% i 23%;
- zadanie G - Zakłady Usługowe Południe Sp. z o.o., 8% i 23%;
- zadanie H - Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., 23%;
- zadanie I - 1. Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o., 8% i 23%;
2. DC System Sp. z o.o., 23%;
- zadanie J - Zakłady Usługowo-Produkcyjno-Handlowe POMORZE Sp. z o.o., 8% i 23%;
- zadanie K - Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., 8% i 23%.

Organ kontrolujący zauważył, że ze sprawozdania z kontroli wewnętrznej przeprowadzonej przez dyrektora zarządzającego ds. Integracji Obszarów Audytu

Wewnętrzny i Kontroli Grupy PKP przy udziale naczelnika Wydziału Kontroli wynika, iż 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, w latach poprzednich w toku realizacji analogicznych zamówień rozliczanie wskazanych zadań następowało przy zastosowaniu obu stawek podatku VAT, odpowiednio 7 i 22%, a od 1 stycznia 2011 r. 8 i 23%.

Jednocześnie organ kontrolujący wskazał, że zamawiający, zarówno w SIWZ, jak i w toku udzielania wyjaśnień do SIWZ podkreślał, iż prawidłowość wyliczenia wielkości należytego podatku VAT spoczywa na wykonawcy. Dodatkowo kontrolujący zauważył, że w rozdziale XIII SIWZ zamawiający określił, iż jedynym kryterium oceny ofert będzie (100%) cena. Jednocześnie, zamawiający wskazał, że badanie i ocena ofert dla poszczególnych zadań będzie odbywała się na podstawie wzoru:

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

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 kontrolujący wskazał, że 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 wezwania wykonawcy wskazywali przede wszystkim, że 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 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, że 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, że „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 spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a ponadto o odrzuceniu 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 rozpoznaniu odwołania złożonego przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. (zadanie B i E) wynika, że 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, że 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, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający odrzucił oferty wykonawców: WIKO Handel-Usługi B. K. (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 B. K. (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 B. K., 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, że 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 uwzględni 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, kontrolujący podkreślił, że 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 3413/12, KIO 1423/12, zarzucając przede wszystkim błąd w ustaleniach faktycznych przez 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 B. K.; Zakłady

Usługowe „Wschód” Sp. z o.o.; Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. oddalił skargę uznając, że „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 orzeczenia wynika, że 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 pominął zarzut dotyczący błędu w ustaleniach faktycznych Izby w zakresie oceny naruszenia dobrych obyczajów i popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji uznając, że zarzut jest bezprzedmiotowy, niemający wpływu na ocenę zasadności wskazanej skargi.

Reasumując, kontrolujący wskazał, że 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 Prezes UZP wskazał, że 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, że dotyczyło ono zastosowania przez wykonawców stawek podatku VAT w wysokości 8 i 23%.

Podkreślił, że 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.

Kontrolujący zwrócił uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, wskazującą, 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, że 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, że jedynie wówczas, gdy zamawiający wskaże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą w ofercie wysokość określonej ceny, może dojść do wystąpienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należało przyjąć, 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 organ kontrolujący podkreślił, 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 kontrolujący stwierdził, 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 zaferowanej 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.

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 organ kontrolujący stwierdził, 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, Prezes UZP podkreślił, mając na uwadze poczynione ustalenia co do stanu faktycznego sprawy, że 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, że wykonawcy, którzy złożyli oferty z podstawową stawką podatku VAT nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej wartości stawki podatku VAT. Dodatkowo, kontrolujący wskazał, że 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.

Kontrolujący jeszcze raz podkreślił, że 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).

Organ kontrolujący wskazał, że 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, organ kontrolujący stwierdził, że 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, kontrolujący stwierdził, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy. Z uwagi na fakt, że 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, kontrolujący stwierdził, iż ww. naruszenia miały wpływ na wynik postępowania. Ponadto, wskazał, że 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:

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

gdzie:

K min. - oznacza ofertę z najniższą miesięczną ceną usługi netto,

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

Kontrolujący wskazał, że 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, że na gruncie przepisów ustawy Pzp pojęcie ceny odnosi się do całkowitej kwoty wynagrodzenia wykonawcy, a więc ceny brutto.

Jednocześnie, organ kontrolujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp cena jest obowiązkowym kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem, na podstawie wskazanych okoliczności uznał, że 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 kontrolowanym 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, pełnomocnictwo miało charakter warunkowy, uzależniony od uprzedniej zgody zarządu PKP Intercity S.A. wyrażonej w formie uchwały.

Z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, że 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 postępowaniu.

Na podstawie przekazanego przez PKP S.A. sprawozdania ustalono, że 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.

Kontrolujący podkreślił, że 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 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, kontrolujący wskazał, że na podstawie danych zawartych w Monitorze Sądowym i Gospodarczym nr 159 z dnia 17 sierpnia 2007 r. stwierdzono, iż 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, organ kontrolujący stwierdził, że 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.

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

II. Zastrzeżenia zamawiającego.

W odpowiedzi na Informację o wyniku kontroli doraźnej zamawiający wyjaśnił, że zarząd spółki PKP Intercity S.A. w dniu 18 kwietnia 2012 r. zatwierdził protokół z postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie którego zamawiający zawarł umowy z następującymi wykonawcami:

1. Zakłady Usługowe "Centrum Usługa" spółka z o.o. w Warszawie - Warszawa Grochów I - Zadanie A,
2. Zakłady Usługowe "Centrum Usługa" spółka z o.o. w Warszawie - Zadanie C,
3. Zakłady Usługowe "Południe" w Krakowie - Zadanie F,
4. Zakłady Usługowe "Południe" w Krakowie - Zadanie G,
5. Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe spółka z o.o. we Wrocławiu - Zadanie H,
6. Zakłady Usługowe "Zachód" spółka z o.o. w Poznaniu - Zadanie I,
7. Zakłady Usługowo-Produkcyjno-Handlowe "POMORZE" spółka z o.o. w Szczecinie - Zadanie J,
8. Kolejowe Zakłady Usługowe spółka z o.o. w Gdańsku - Zadanie K,
9. Zakłady Usługowe "Centrum Usługa" spółka z o.o. w Warszawie - Zadanie L,
10. Zakład Usługowo-Handlowy "Mista" w Krakowie - Zadanie M,
11. Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe spółka z o.o. we Wrocławiu - Zadanie N,
12. Kolejowe Zakłady Usługowe spółka z o.o. w Gdańsku - Zadanie O.

Podpisanie ww. umów dla zadań A, C, F, G, H, J, K, L, M, N, O nastąpiło w dniu 27 kwietnia 2012 r., a dla zadania I w dniu 10 maja 2012 r.

Zamawiający stwierdził, że na etapie oceny ww. ofert spółka PKP Intercity nie dysponowała interpretacją, która dotyczyłaby określenia wysokości stawki podatku VAT dla usług objętych przedmiotem zamówienia i jednoznacznie zabraniała wyboru oferty z tzw. mieszanym podatkiem VAT. Na podstawie złożonych przez oferentów wyjaśnień, interpretacji Urzędów Skarbowych, jak również na podstawie informacji uzyskanych z Biura Rachunkowości spółki, PKP Intercity podjęła decyzję o udzieleniu zamówienia zarówno dostawcom, którzy zastosowali podstawową stawkę podatku VAT 23%, jak również zastosowali stawki mieszane 8% i 23%. Wskazał, że w przedmiotowych zadaniach nie złożono innych ofert, które ze względu na zastosowanie podstawowej stawki VAT nie byłyby porównywalne z innymi ofertami.

W pozostałych zadaniach w przetargu nie następowało jednoczesne podpisanie umów ze względu na toczące się postępowania odwoławcze i ponowne procedury badania i oceny ofert.

Dopiero po dacie zawarcia ww. umów, PKP Intercity pozyskało informację, że toczy się przed KIO postępowanie w sprawie rozstrzygnięcia co do prawidłowej stawki VAT

w analogicznym postępowaniu na zakup usług czyszczenia taboru prowadzonym przez Przewozy Regionalne Spółka z o.o.

Wyrok w tej sprawie - sygn. akt KIO 904/12, KIO 911/12 i KIO 918/12 - został ogłoszony w dniu 28 maja 2012, a więc po dokonaniu wyboru i zawarciu ww. umów z wykonawcami.

Zamawiający podkreślił, że po uzyskaniu informacji o ww. toczącym się postępowaniu przed KIO, którego przedmiotem było stosowanie podstawowej stawki podatku VAT, spółka PKP Intercity wstrzymała ocenę pozostałych ofert złożonych na zadania, które nie zostały rozstrzygnięte do czasu ogłoszenia wyroku przez KIO. Zatem, decyzja o wyborze najkorzystniejszych ofert w zadaniach A, C, F, G, H, J, K, L, M, N, O została podjęta na podstawie posiadanych przez spółkę informacji o kierunkowym rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie. Na tej podstawie dokonano odrzucenia w postępowaniu pozostałych ofert złożonych z tzw. mieszanym podatkiem VAT. Z tych też względów uprzednie zawarcie umów na zadania A, C, F, G, H, J, K, L, M, N, O powodowane było brakiem jednoznacznej wykładni prawnej w sprawie, a nie brakiem dochowania należytej staranności.

W kwestii złożenia oświadczenia niezgodnego z prawdą przez pana Tadeusza Matylę - członka zarządu spółki PKP Intercity, co stanowi naruszenie przepisów art. 17 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wyjaśnił, że po ujawnieniu przedmiotowej nieprawidłowości zostało złożone doniesienie do prokuratury o możliwości popełnienia przestępstwa przez pana Tadeusza Matylę na okoliczność złożenia fałszywego pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wyłączających z postępowania. W tej sprawie prowadzone jest odrębne postępowanie przez Komendę Stołeczną Policji Wydział do Walki z Korupcją. W związku z powyższym spółka PKP Intercity S.A. dołożyła wszelkich starań, aby wyjaśnić zaistniałą sytuację.

W odpowiedzi na zarzut braku przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zamawiający wyjaśnił, że nie w sposób zawiniony, a w skutek omyłkowego zaniechania nie przekazano ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Pragnął jednak wskazać, że powyższe uchybienie nie stanowiło naruszenia żadnych z fundamentalnych zasad Pzp, tj. uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców, albowiem zaniechanie dotyczyło jedynie ogłoszenia o udzielonym już zamówieniu.

III. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń, przedstawiając następujące uzasadnienie.

Odnosząc się do zastrzeżeń w pierwszej kolejności kontrolujący wskazał, że zamawiający w żaden sposób nie podważył poczynionych ustaleń, czy stwierdzeń w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Ustosunkowując się do zastrzeżeń dotyczących naruszenia wskazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli Prezes UZP stwierdził, że zamawiający nie podaje żadnych nowych argumentów wskazujących na możliwość uwzględnienia zastrzeżeń. Wskazany w zastrzeżeniach stan faktyczny sprawy jest identyczny jak opisany w Informacji o wyniku kontroli. W związku z powyższym, podkreślił, że ustalony stan faktyczny sprawy nie stanowi przedmiotu sporu.

Tytułem wyjaśnienia kontrolujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 163 ust. 3 ustawy Pzp, stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, czy też wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego. Tym samym, podkreślił, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych badając występujący w sprawie stan faktyczny, wziął pod uwagę wszelkie dokumenty oraz wyjaśnienia przedstawione przez zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego oraz przeprowadzonej kontroli doraźnej.

Jednakże, odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, że „uprzednie zawarcie umów na zadania A, C, F, G, H, J, K, L, M, N, O powodowane było brakiem jednoznacznej wykładni prawnej w sprawie, a nie brakiem dochowania należytej staranności” Prezes UZP wskazał, iż Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, w sposób wyraźny podkreślił, że to na zamawiających spoczywa obowiązek każdorazowego weryfikowania poprawności stosowanych w ofertach stawek podatkowych. Zatem, to zamawiający już na etapie postępowania (lub przed jego wszczęciem) ma rozstrzygnąć, jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, kontrolujący stwierdził, że w interesie zamawiającego było ustalenie jeszcze przed wszczęciem postępowania, jaka jest faktycznie obowiązująca stawka podatku VAT na wszystkie zadania.

W związku z powyższym, kontrolujący podtrzymał naruszenie wskazane w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes UZP zauważył, że zamawiający odnosząc się w zastrzeżeniach do wskazanych w pkt 3 i 4 Informacji o wyniku kontroli naruszeń, tj. naruszenia art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 95 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, uznał stwierdzone naruszenia

za zasadne przez adnotację „po ujawnieniu przedmiotowej nieprawidłowości zostało złożone doniesienie do prokuratury (...)” oraz „wskutek omyłkowego zaniechania nie przekazano ogłoszenia o udzieleniu zamówienia”.

Ponadto, w odniesieniu do stwierdzonego w pkt 4 Informacji o wyniku kontroli naruszenia oraz argumentacji zamawiającego, że powyższe uchybienie nie stanowiło naruszenia żadnych z fundamentalnych zasad Pzp, tj. uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców kontrolujący wskazał, iż w świetle art. 161 ust. 2 ustawy Pzp kontrola obejmuje sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy. Z zakończonej kontroli sporządza się protokół, który zgodnie z art. 164 ust. 2 pkt 5 ustawy zawiera w szczególności informację o stwierdzeniu naruszeń, bez ograniczenia, że chodzi o naruszenia mające wpływ na wynik postępowania. Tym samym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazane zostały wszystkie stwierdzone naruszenia przepisów ustawy, niezależnie od tego, czy stanowiły one naruszenie fundamentalnych zasad Pzp.

Jednocześnie Prezes UZP zauważył, że w zakresie stwierdzonego naruszenia w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli, tj. w zakresie naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający nie złożył zastrzeżeń. Zatem stwierdził, że zamawiający zgodził się z ustaleniami przedstawionymi w punkcie 2 Informacji o wyniku kontroli.

Reasumując, kontrolujący podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 12 lutego 2015 r.

Jednocześnie Prezes UZP poinformował, że stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, na podstawie analizy stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp, przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz argumentacji zamawiającego, uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 167 ust. 1-3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża w formie uchwały opinię w sprawie nieuwzględnionych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej.

Opinia - w rozumieniu wskazanego przepisu - ma na celu m.in. przedstawienie szczególnego poglądu na sprawę będącą przedmiotem sporu, z jednej strony ustaleń faktycznych i oceny prawnej organu kontrolującego, z drugiej argumentacji zamawiającego, która ze swej istoty - zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej - powinna zmierzać do zakwestionowania stanowiska kontrolującego.

Przy czym istotne jest to, że zgodnie z art. 161 ust. 1 i 2 ustawy Pzp celem kontroli postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonej przez Prezesa UZP, jest sprawdzenie zgodności postępowania zamawiającego z przepisami ustawy. Kontrola postępowania prowadzona na zasadzie legalności ma wyłącznie na celu formalną zgodność postępowania z przepisami ustawy, bez względu na przyczyny postępowania zamawiającego i skutki wynikające z naruszenia przepisów ustawy. Nie mają znaczenia takie okoliczności jak nieznanostwo przepisów, czy niedysponowanie interpretacją prawną stosownych przepisów ustawy, niewystąpienie naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia i brak wpływu naruszenia przepisów na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, czy w końcu brak zarzutu wobec zamawiającego niedochowania należytej staranności w toku postępowania. Negatywnej ocenie podlega każde naruszenie przepisów ustawy.

Zatem, opiniowaniu Izby podlegają zastrzeżenia - stanowisko zamawiającego podważające ustalenia faktyczne w toku kontroli doraźnej oraz ocena tego stanu w kontekście przepisów ustawy Pzp.

1. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że zawarcie umów w dniu 27 kwietnia 2012 r. w zakresie zadań A, C, F, G, J, K oraz w dniu 10 maja 2012 r. w zakresie zadania I z wykonawcami, którzy w swoich ofertach przedstawili ceny z podatkiem VAT z zastosowaniem dwóch stawek 8 i 23%, nie stanowiło - w rozumieniu art. 161 ust. 2 ustawy Pzp - naruszenia przepisów ustawy wskazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał wyboru ofert, które powinny zostać odrzucone ze względu na cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia oraz zaniechał unieważnienia postępowania w tym zakresie na podstawie wskazanego przepisu ustawy.

Izba nie podzieliła też oczekiwań zamawiającego - uznania naruszenia za usprawiedliwione okolicznościami:

- niedysponowania na etapie badania i oceny ofert interpretacją przepisów prawnych dotyczącą określenia stawki podatku VAT dla usług objętych przedmiotem zamówienia z jednoczesnym brakiem zakazu wyboru oferty z tzw. mieszanym podatkiem VAT;

- podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia zarówno dostawcom, którzy zastosowali podstawową stawkę podatku VAT 23%, jak również stawki mieszane 8% i 23%, na podstawie wyjaśnień wykonawców, interpretacji Urzędów Skarbowych i informacji uzyskanych z Biura Rachunkowości spółki PKP;
- niezłożeniem we wskazanych zadaniach innych ofert, które ze względu na zastosowanie podstawowej stawki VAT, nie byłyby porównywalne z innymi ofertami;
- brakiem stwierdzenia niedochowania przez zamawiającego należytej staranności.

Okoliczności związane z toczącym się przed KIO postępowaniem w sprawie stawki VAT w analogicznym postępowaniu na zakup usług czyszczenia taboru prowadzonym przez Przewozy Regionalne Spółka z o.o. i ogłoszeniem wyroku Izby w dniu 28 maja 2012 r., sygn. akt KIO 904/12, KIO 911/12 i KIO 918/12, a więc po zawarciu umów dotyczących kontrolowanych zadań, nie stanowią też podstawy do skutecznej negacji oceny organu kontrolującego zgodnej z przepisami ustawy Pzp.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy stanowi - *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.*

Błędna stawka podatku VAT w cenie oferty od lat była uznawana w orzecznictwie i doktrynie, jako błąd w obliczeniu ceny, zobowiązujący zamawiającego do odrzucenia oferty.

Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia z 20 października 2011 r. orzekł:

III CZP 52/11:

W sytuacji, w której zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pr.z.p., ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

W tej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT na skutek jej nieuwzględnienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem

kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia;

III CZP 53/2011:

Jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Powyższe rozstrzygnięcie potwierdza zasadę, że w każdym przypadku - określenia i nie określenia stawki podatku VAT w SIWZ - zamawiający jest zobowiązany do ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT i dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem stawki zgodnej z obowiązującymi przepisami prawnymi.

Zamawiający właściwie ustalił na etapie przygotowania postępowania stawkę podatku VAT (23%), więc właściwie przyjął, że usługi będące przedmiotem zamówienia stanowią usługę kompleksową, odstępując jednakże od tych ustaleń na etapie badania i oceny ofert. W okresie czynności badania i oceny ofert, znane i szeroko komentowane były wskazane uchwały Sądu Najwyższego, znane było też orzeczenie ETS w sprawie C-349/96 (wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej).

Zamawiający nie przedstawił interpretacji organu podatkowego w zakresie właściwym dla ocenianego stanu faktycznego. Nie przedstawił uzasadnienia wskazującego na jakiegokolwiek błędy organu kontrolującego, co do stanu faktycznego i dokonanej oceny prawnej.

Izba nie miała podstaw do uznania zasadności zastrzeżeń zamawiającego w tym zakresie.

2. W zastrzeżeniach zamawiającego zostało całkowicie pominięte stanowisko, co do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Oznacza to brak zastrzeżeń w zakresie tego naruszenia.

3. Naruszenie przepisów art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez niezłożenie przez pana Tadeusza Matylę na druku ZP-1 oświadczenia o istnieniu okoliczności określonych w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz niewyłączenie się z udziału w postępowaniu - zgodnie ze

stanowiskiem Prezesa UZP przedstawionym w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego - zostało przyznane. Przyznanie jest niewątpliwe, wynika z treści zastrzeżeń zamawiającego: (...) *po ujawnieniu przedmiotowej nieprawidłowości zostało złożone doniesienie do prokuratury o możliwości popełnienia przestępstwa przez pana Tadeusza Matylę na okoliczność złożenia fałszywego pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wyłączających z postępowania. W tej sprawie prowadzone jest odrębne postępowanie przez Komendę Stołeczną Policji Wydział do Walki z Korupcją. W związku z powyższym spółka PKP Intercity S.A. dołożyła wszelkich starań, aby wyjaśnić zaistniałą sytuację.*

Brak zastrzeżeń w przedmiocie stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy wskazanego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, stanowi - podobnie jak w pkt 2 - o braku podstaw do wyrażania opinii Izby w tym zakresie.

4. Zastrzeżenia w przedmiocie naruszenia przepisów art. 95 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, o treści, że: (...) *nie w sposób zawiniony, a wskutek omyłkowego zaniechania nie przekazano ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Pragniemy jednak wskazać, że powyższe uchybienie nie stanowiło naruszenia żadnych z fundamentalnych zasad Pzp, tj. uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców, albowiem zaniechanie dotyczyło jedynie ogłoszenia o udzielonym już zamówieniu*

- nie mogły stanowić podstawy do uwzględnienia stanowiska zamawiającego. Obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego.

Izba podkreśla, że zaniechanie czynności stanowiącej obowiązek zamawiającego wynikający z ustawy, jest naruszeniem jej przepisów niezależnie, czy zaniechanie jest skutkiem omyłki, zawinienia, zaniedbania, czy jeszcze innych okoliczności.

Naruszeniem przepisów ustawy, w rozumieniu celu kontroli postępowania przeprowadzonej przez organ kontrolujący, jest każde naruszenie przepisów ustawy, które z reguły stanowi w jakiejś części również naruszenie którejś z fundamentalnych zasad Pzp.

W zastrzeżeniach z dnia 19 lutego 2015 r. zamawiający nie przedstawił okoliczności, które w świetle celu kontroli mogłyby stanowić podstawę do zmiany stanowiska organu kontrolującego. Zatem, zastrzeżenia nie podlegają uwzględnieniu.

Reasumując powyższe, Izba wyraziła opinię jak na wstępie, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....