

Warszawa, dnia 17.05. 2010 r.

U2P/DP/O-JNI/10187/10

**Sąd Okręgowy 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
/adres w aktach/

Przeciwnik skargi: Stadler Bussnang AG
Industriesstrasse 4, CH-9565 Bussnang
Szwajcaria
reprezentowana przez
/adres w aktach/

Przystępujący do postępowania: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Sygn. akt IV Ca 429/10

PRZYSTĄPIENIE

PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH DO TOCZĄCEGO SIĘ POSTĘPOWANIA

Działając na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) – zwanej dalej „ustawą PZP” – oraz art. 60 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP, przystępuję do postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym Warszawa-Praga w Warszawie o sygn. akt IV C 429/10 w sprawie ze skargi „Kolei Mazowieckich – KM” Sp. z o.o. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 217/10.

Działając na podstawie art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP podnoszę, co następuje:

- Zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 217/10) nie odpowiada prawu. Wyrokowi temu należy w szczególności postawić zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez błędną jego wykładnię i uznanie, że w sytuacji, gdy najkorzystniejsza oferta, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego z tytułu importu towarów, a której cena - po doliczeniu do niej kwoty podatku od towarów i usług z tytułu importu towarów - przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – nie jest ziszczona przesłanka do unieważnienia postępowania.
- Wskazując na powyższe – stosownie do postanowienia art. 198f ust. 2 zd. 2 ustawy PZP - wnoszę o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania.

UZASADNIENIE

I. Uzasadnienie formalne przystąpienia:

W myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 2 ustawy PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „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 niniejszej sprawie w charakterze uczestnika postępowania. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy PZP Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy PZP) - dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa PZP wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych. Z tych też względów udział Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie jest dopuszczalny i w pełni uzasadniony.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia

17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek przystąpienia do toczącego się postępowania uzyskuje status uczestnika postępowania na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu przystępując do toczącego się postępowania w sprawie ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

II. Uzasadnienie merytoryczne przystąpienia:

W ocenie Prezesa Urzędu zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej narusza prawo, a tym samym uzasadnione jest żądanie jego zmiany. Przy czym należy podnieść, iż sprawa której dotyczy ma charakter precedensowy, której rozstrzygnięcie będzie miało istotny wpływ na praktykę funkcjonowania systemu zamówień publicznych, a w szczególności w obszarze zamówień infrastrukturalnych, którymi – z uwagi na ich wartość – zainteresowani są wykonawcy zagraniczni, pochodzący nie tylko z krajów Unii Europejskiej.

W uzasadnieniu przedstawionego stanowiska należy w pierwszym rzędzie podnieść, iż zaskarżony wyrok pozostaje w rażącej sprzeczności z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. W myśl tego przepisu 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.

Wskazany przepis ustawy PZP ma na celu ochronę interesów majątkowych zamawiających w sytuacji, gdy wynik przeprowadzonego postępowania prowadzi do wyboru oferty, której cena przekracza możliwości finansowe zamawiającego. Przepis ten 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 bez znaczenia jest tutaj ostateczny wynik ekonomiczny takiego zaangażowania.

Przywołany przepis ustawy PZP wiąże się w sposób immanentny z obowiązującą na gruncie systemu finansów publicznych zasadą zaciągania zobowiązań w granicach upoważnienia (arg. z art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych - Dz. U. Nr 157, poz. 1240). 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 kwota zaplanowana przez niego na sfinansowanie zamówienia. Przy czym należy podkreślić, iż punktem odniesienia dla powyższej oceny 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 również wskazać, 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 powyższych 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 natomiast 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 sfinansowanie zamówienia. Przy czym należy wskazać, iż ustalenie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy do wyłącznej kompetencji zarządczej

samemu zamawiającemu, która w żadnym razie nie może być ograniczona przez zastosowanie procedur udzielania zamówień publicznych. Wyrazem powyżej kompetencji jest uregulowanie art. 86 ust. 3 ustawy PZP, który stanowi, że bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy czym na marginesie należy nadmienić, iż zamawiający jest już związany tą kwotą.

Dla oceny dopuszczalności zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP podstawowe znaczenie ma ustalenie skutków finansowych wyboru oferty najkorzystniejszej. W najprostszym schemacie sytuacyjnym będzie to cena brutto oferty (arg. z 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), którą zamawiający będzie zobowiązany zapłacić wykonawcy zamówienia. W takim przypadku należny podatek od towarów i usług (VAT) jest wliczony do ceny oferty zaoferowanej przez wykonawcę. Dotyczyć to będzie jednak tylko tych sytuacji, w których podatnikiem podatku VAT jest wykonawca.

Niezależnie od powyższych przypadków w myśl postanowień ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) obowiązek podatkowy z tytułu podatku VAT może w określonych sytuacjach spoczywać także na zamawiającym jako nabywcy towaru (w niniejszej sprawie art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług). Takich przypadków dotyczy art. 91 ust. 3a ustawy PZP, w myśl którego, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego 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. Stosując ten przepis zamawiający dokonując oceny złożonej oferty bierze pod uwagę nie wartość nominalną ceny wskazanej w ofercie, lecz tę wartość powiększoną o wartość należnego podatku VAT.

Celem przywołanej regulacji art. 91 ust. 3a ustawy PZP – poza zabezpieczeniem interesów majątkowych zamawiających - jest zapewnienie równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zapewnienie porównywalności ofert. Przepis ten stanowi zatem instrument gwarantujący zachowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podstawowych założeń systemu zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Pozwala bowiem na eliminowanie uprzywilejowanej pozycji niektórych wykonawców z przyczyn natury podatkowej.

Jakkolwiek w przywołanym przepisie art. 91 ust. 3a ustawy PZP literalnie mowa jest jedynie o wewnątrzwspólnotowym nabyciu towarów, to jednak ze względów wskazanych powyżej,

zasada wyrażona w tym przepisie winna znajdować zastosowanie w drodze analogii legis do każdego innego przypadku, gdy w myśl obowiązujących przepisów podatkowych to na zamawiającym – jako nabywcy towaru – spoczywa obowiązek podatkowy z tytułu podatku VAT. Dotyczy to między innymi przypadku importu towarów (arg. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług ustawy).

Powyższe oznacza, iż art. 91 ust. 3a ustawy PZP winien znaleźć zastosowanie w okolicznościach niniejszej sprawy, gdzie obowiązek podatkowy z tytułu importu towarów, w przypadku wyboru oferty odwołującego się wykonawcy, spoczywałby na zamawiającym. W tym zakresie rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe i zasługuje na pełną aprobatę.

Z brzmienia art. 91 ust. 3a ustawy PZP wynika, iż znajduje on zastosowanie w każdym przypadku, gdy wybór oferty najkorzystniejszej prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów. Stwierdzenie powyższego faktu implikuje, że 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. Przy czym zastosowanie tego przepisu w żadnym wypadku nie jest uzależnione od tego czy obowiązek podatkowy będzie w tym przypadku neutralny ekonomicznie dla zamawiającego. Wskazać bowiem należy, iż z samej istoty konstrukcji podatku VAT, jako podatku od wartości dodanej, wynika, iż ma mieć on charakter neutralny dla podatnika. Abstrahując w tym miejscu od stwierdzenia, że w myśl obowiązujących przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, podatek VAT nie ma charakteru „czysto neutralnego”, to należy stwierdzić, iż owa neutralność podatku dotyczy także sytuacji, gdy zamawiający będąc sam czynnym podatnikiem podatku VAT nabywa towary i usługi w obrocie krajowym. Należy bowiem wskazać, iż w myśl postanowienia art. 86 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług w zakresie, w jakim towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych, podatnikowi przysługuje prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego. Przy czym kwotę podatku naliczonego stanowi, z zastrzeżeniem ust. 3-7, suma kwot podatku określonych w fakturach otrzymanych przez podatnika z tytułu nabycia towarów i usług lub potwierdzających dokonanie przedpłaty (zaliczki, zadatku, raty), jeżeli wiązały się one z powstaniem obowiązku podatkowego (art. 86 ust. 2 pkt 1 lit. a i b ustawy o podatku od towarów i usług). Tak więc charakter podatku naliczonego będzie miał także podatek zapłacony przez zamawiającego w cenie należnej wykonawcy zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe należy uznać, iż stwierdzenie neutralności ekonomicznej podatku w przypadku wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, poprzez obniżenie kwoty podatku

należnego o kwotę podatku należnego z tytułu wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów (art. 86 ust. 2 pkt 4 ustawy o podatku od towarów i usług) nie wpływa w żadnym stopniu na zastosowanie art. 91 ust. 3a ustawy PZP. Oznacza to, iż kwestia neutralności ekonomicznej podatku w okolicznościach faktycznych danej sprawy jest irrelevantna dla oceny zastosowania tego przepisu.

Podobnie należy ocenić kwestię neutralności podatku przy zastosowaniu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. W tym zakresie nie można w żadnym stopniu podzielić stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, że w przypadku importu towarów dla potrzeb oceny oferty - zgodnie art. 91 ust. 3a ustawy PZP - należy doliczyć do ceny podanej w ofercie podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami, a w przypadku oceny istnienia przesłanki do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, nie dolicza się już do ceny podanej w ofercie podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić.

Brak jest jakichkolwiek podstaw jurydycznych do odmiennej kwalifikacji zobowiązania zamawiającego, jakie zaciągnie w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, w zależności od tego, czy dokonywana jest ona na potrzeby zastosowania art. 91 ust. 3a ustawy PZP, czy też art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. W jednym i drugim przypadku istotne jest bowiem ustalenie skutków finansowych wyboru oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego. Przy czym zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku skutki te są takie same. Nie jest zatem słuszne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, aby przy stosowaniu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, nie uwzględniać podatku VAT, który uwzględnia się na etapie oceny oferty.

Jakkolwiek czynność oceny ofert i czynność unieważnienia postępowania stanowią odrębne czynności zamawiającego w postępowaniu, to jednak okoliczność ta nie może stanowić argumentu za przyjęciem powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie istotne jest bowiem ustalenie przesłanek unieważnienia postępowania w świetle postanowienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. I tak przesłanki unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP) mogą znajdować swoje uzasadnienie w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych co przesłanki oceny ofert (art. 91 ust. 3a ustawy PZP). Jeżeli zatem w sytuacji gdy, wybór oferty najkorzystniejszej prowadzi do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego z tytułu podatku VAT, ustawa PZP nakazuje zamawiającemu doliczać do ceny wskazanej w ofercie kwotę należnego podatku, to uzasadniony jest pogląd, że taki sam tok postępowania należy przyjąć w przypadku ustalania przesłanek do unieważnienia postępowania.

Wskazać bowiem należy, iż poprzez doliczenie należnego podatku VAT zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy PZP nie następuje zmiana ceny wskazanej w ofercie, a jedynie dla potrzeb

prowadzonego postępowania bierze się pod uwagę nie samą cenę, lecz jej wartość powiększoną o należny podatek VAT. Tak więc w każdym przypadku, gdy w przepisach ustawy PZP mowa jest o cenie, to w odniesieniu do przypadków, w których zastosowanie znajduje art. 91 ust. 3a tej ustawy, uwzględnia się nie tylko cenę, ale także wartość należnego podatku VAT (np. w przypadku zastosowania art. 91 ust. 5 ustawy PZP).

Wskazując na powyższe można tylko podnieść, iż chociażby przy zastosowaniu art. 91 ust. 5 ustawy PZP - w przypadku wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów lub importu towarów - z ofertą o tej samej cenie będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy dopiero wartość ceny podanej w ofercie, której wybór stanowić będzie wewnątrzwspólnotowe 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 równia 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 oferta wykonawcy nie będącego podatnikiem VAT miałyby niższą cenę (cena wskazana w ofercie bez doliczenia należnego podatku VAT).

Przedstawione powyżej stanowisko opiera się na istocie regulacji wynikającej z art. 91 ust. 3a ustawy PZP, który w swym założeniu ma likwidować stan uprzywilejowania podatkowego niektórych wykonawców zgodnie z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy PZP). Sprowadza się to natomiast do zastosowania wynikającej z tego przepisu zasady doliczania należnego podatku VAT do ceny wskazanej w ofercie, w każdym przypadku, gdy wybór takiej oferty rodzi obowiązek podatkowy po stronie zamawiającego. Przy czym zdaje się, iż argumentacja podniesiona przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku na uzasadnienie dopuszczalności zastosowania art. 91 ust. 3a ustawy PZP w realiach niniejszej sprawy, zdaje się w pełni potwierdzać to stanowisko. Z tych względów należy uznać, iż stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku jest wewnętrznie sprzeczne.

Należy również wskazać, iż – wbrew wywodom Krajowej Izby Odwoławczej – kwestia zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP - w kontekście dopuszczalności doliczania do ceny należnego podatku VAT - w żadnym stopniu nie wiąże się z zagadnieniem wykładni pojęcia „ceny” na gruncie ustawy PZP. Dlatego argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej dotycząca literalnej wykładni pojęcia „ceny” – skądinąd trafna – nie może w żadnym stopniu rzutować na wykładnię art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP i ocenę prawną niniejszej sprawy. Nie

chodzi tu bowiem o nadanie pojęciu ceny w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP szczególnego znaczenia odbiegającego od legalnej definicji zawartej w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, lecz o zastosowanie wynikającej z art. 91 ust. 3a ustawy PZP zasady doliczania należnego podatku VAT do ceny wskazanej w ofercie w przypadku, gdy wybór takiej oferty rodzi obowiązek podatkowy po stronie zamawiającego.

Przyjęciu powyższego stanowiska nie sprzeciwiają się przy tym argumenty podniesione przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. W szczególności brak jest podstaw jurydycznych do przyjęcia stanowiska o potrzebie ścisłej wykładni przepisów art. 93 ust. 1 i 1a ustawy PZP. Przepisy te normują bowiem instytucję unieważnienia postępowania stanowiącą jeden z możliwych sposobów zakończenia postępowania, którym w żadnym stopniu nie można przypisać waloru przepisów szczególnych. Nie ma bowiem żadnej prawnej zasady, od której art. 93 ust. 1 i 1a ustawy PZP byłby wyjątkiem. Samo stwierdzenie, że art. 93 ustawy PZP wymienia enumeratywnie przypadki, w których dopuszczalne jest unieważnienie postępowania (numerus clausus) nie wyklucza przyjęcia innej, niż literalna metod wykładni tego przepisu, a w szczególności wykładni pozwalającej na uwzględnienie zasady wyrażonej explicite w art. 91 ust. 3a ustawy PZP pozostającej w korelacji z podstawowymi zasadami zamówień publicznych wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy PZP (zasada uczciwej konkurencji i zasada równego traktowania wykonawców).

Ze względów wskazanych powyżej w ocenie Prezesa Urzędu przy stosowaniu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP należy uwzględnić zasadę, iż do ceny oferty, której wybór powoduje powstanie obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego, dolicza się wartość należnego podatku VAT, niezależnie od neutralności ekonomicznej takiego podatku (arg. z art. 91 ust. 3a i art. 7 ust. 1 ustawy PZP). Takie stanowisko odpowiada istocie regulacji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, którego celem jest ochrona słuszych interesów zamawiających, przed zaciąganiem zobowiązań ponad kwoty zaplanowane na ich sfinansowanie.

Odnosnie przyjętego przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiska, że w okolicznościach niniejszej sprawy rozliczenie podatku VAT nie generuje dla zamawiającego rzeczywistego obciążenia finansowego w wysokości należnego podatku Prezes Urzędu podziela zarzuty i argumentację prawną zawarte w skardze Zamawiającego co do naruszenia przepisów postępowania oraz przepisów prawa materialnego poprzez błędną ich wykładnię, i uznanie, że zamawiający nie będzie zobligowany do zapłaty podatku VAT z tytułu dokonania importu towarów (art. 33 ust. 4, art. 86 ust. 2 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług). Przy czym w ocenie Prezesa Urzędu nawet uznanie neutralności podatku VAT (braku obowiązku

zapłaty w sensie ekonomicznym) w przypadku importu towarów, pozostaje bez wpływu na ocenę warunków zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Mając na uwadze cel regulacji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP – o czym było mowa powyżej – należy uznać, iż znajduje on zastosowanie w każdym przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty prowadziłby do powstania po stronie zamawiającego skutków finansowych przewyższających kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy czym w tym zakresie należy uwzględnić nie tylko nominalną wysokość zobowiązania pieniężnego z tytułu zapłaty ceny na rzecz wykonawcy za wykonanie zamówienia, ale także skutki podatkowe wynikające dla zamawiającego z faktu wyboru oferty określonego wykonawcy (arg. z art. 93 ust. 1a ustawy PZP). Dotyczyć to będzie nie tylko przypadków wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, ale także sytuacji, gdy wybór oferty najkorzystniejszej stanowić będzie import towarów, z tytułu którego na zamawiającym będzie ciążył obowiązek podatkowy z tytułu podatku VAT. Dalsza kwestia dopuszczalności odliczenia od podatku należnego sumy kwot podatku wynikającej z dokumentu celnego i deklaracji importowej nie ma w tym zakresie żadnego znaczenia dla oceny zastosowania nie tylko art. 91 ust. 3a ustawy PZP, ale także art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nie odpowiada prawu i z przyczyn wskazanych powyżej winien zostać zmieniony poprzez oddalenie odwołania wykonawcy.

P R E Z E S
Urzędu Zamówień Publicznych

Jacek Sadowy