

WYROK
z dnia 7 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 czerwca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Impel Security Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2. Impel Security Provider Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Al. Raławickie 1, 20-059 Lublin**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Al. Raławickie 1, 20-059 Lublin 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Impel Security Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2. Impel Security Provider Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Al. Raławickie 1, 20-059 Lublin** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Impel Security Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2. Impel Security Provider Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Skład orzekający Izby:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Lublinie – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Usługę ochrony osób i mienia jednostek Uniwersytetu Medycznego w Lublinie*.

W dniu 24 czerwca 2010 r. Wykonawca – Konsorcjum: IMPEL Security Polska Sp. z o.o. i IMPEL Security Provider Sp. z o.o. – złożył odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: uchylecia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. ze względu na błędy w obliczeniu ceny, które – w ocenie Zamawiającego – polegały na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT. Odwołujący w odniesieniu do usługi dozoru zastosował stawkę w wysokości 22%, natomiast zdaniem Zamawiającego należało zastosować dwie stawki: 7% w odniesieniu do usługi utrzymania czystości wokół budynku oraz 22% w odniesieniu do usługi sprzątnięcia korytarza i sanitariatu.

Zdaniem Odwołującego zastosowana przez niego stawka podatku VAT była prawidłowa, o czym informował Zamawiającego w wyjaśnieniach udzielonych na jego wezwanie w dniu 9 czerwca 2010 r.

Odwołujący podnosi, że co do zasady towary i usługi opodatkowane są stawką 22%, która ma charakter podstawowy i powinna być stosowana również w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do wysokości opodatkowania, a wyjątki od reguły 22-procentowej stawki nie powinny być interpretowane rozszerzająco.

Zdaniem Odwołującego, określenie stawki podatku VAT ciąży na wystawcy faktury – wykonawcy, a zatem na nim ciąży również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie. Odwołujący podniósł, że organem uprawnionym do kontroli decyzji podatnika

w ww. zakresie jest, zgodnie z art. 281 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa, organ podatkowy pierwszej instancji, natomiast uprawnionym do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego wg art. 14a tej ustawy jest Minister Finansów. Z powyższego Odwołujący wywodzi brak podstaw do weryfikacji przez Zamawiającego wskazanych w ofertach stawek VAT. Zamawiający zobowiązany jest – zdaniem Odwołującego – uznać ofertę za prawidłową bez względu na wysokość zastosowanych do obliczenia ceny stawek.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie wskazał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która stawka, w jego ocenie, jest właściwa, a więc wykonawcy nie mieli możliwości jej weryfikacji. Podkreśla również, że postanowienia SIWZ, w szczególności formularza ofertowego i wzoru umowy, które stanowią treści oferty, nie przewidują żadnych dodatkowych odrębnych rozliczeń między Zamawiającym a Wykonawcą w ramach usługi dozoru, związanych z usługą utrzymania czystości wokół budynku oraz usługą sprzątnia korytarza i sanitariatu. Podanie wyodrębnionej ceny usługi przez Odwołującego związanej z czynnościami, które byłyby opodatkowane stawką podatku 7% nie było przez Zamawiającego w świetle postanowień SIWZ dopuszczalne, a Odwołujący samodzielnie nie był uprawniony takich modyfikacji dokonywać.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami punktu IV SIWZ przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony osób i mienia obejmująca ochronę wymienionych w specyfikacji obiektów Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, w tym Collegium Pharmaceuticum przy ul. Staszica 4/6, w odniesieniu do którego Zamawiający wymagał, aby usługa obejmowała m.in. *utrzymywanie czystości wokół budynku (tj. zmiatanie chodnika i parkingu, odśnieżanie chodnika i parkingu, usuwanie lodu, posypywanie piaskiem chodnika i parkingu), sprzątnie korytarza i sanitariatu w suterynie przez dozorcę*. Zarówno w treści SIWZ (pkt XIX Opis sposobu obliczenia ceny), jak i we wzorze formularza oferty Zamawiający żądał podania ceny jednostkowej brutto za jedną roboczogodzinę ochrony obiektów, ceny jednostkowej brutto za jedną roboczogodzinę dozoru oraz ceny jednostkowej brutto za jedną roboczogodzinę ochrony imprez studenckich. Powyższe ceny zostały przyjęte jako kryterium oceny ofert, z wagą odpowiednio: 60, 30 i 10 punktów. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że prawidłowe ustalenie stawki VAT leży po stronie wykonawcy (pkt XIX.4 SIWZ).

Odwołujący w swojej ofercie podał ceny jednostkowe za jedną roboczogodzinę ochrony obiektów, jedną roboczogodzinę usługi dozoru oraz jedną roboczogodzinę ochrony imprez

studenckich, stosując do obliczenia wszystkich powyższych cen stawkę podatku VAT w wysokości 22%.

Pismem z 2 czerwca 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki podatku VAT zastosowanej do obliczenia ceny roboczegodziny usługi dozoru. Odwołujący w dniu 9 czerwca 2010 r. złożył wyjaśnienia, w których poinformował, że w zastosował do obliczenia ceny ofertowej prawidłową stawkę, jako uzasadnienie podając, że zakres zamówienia dotyczy ochrony i dozoru obiektów, a nie ich sprzątnia, zatem usługi sprzątnia występujące w przedmiotowym zamówieniu powinny zostać objęte stawką VAT właściwą dla usługi głównej, tj. stawką 22%. Ponadto Odwołujący podniósł, że nie wszystkie czynności w zakresie sprzątnia, rozpatrywane indywidualnie, w oderwaniu od usługi ochrony, mogą być objęte stawką 7%, w szczególności stawką tą nie mogą być objęte usługi sprzątnia korytarza i sanitariatu.

W dniu 15 czerwca 2010 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na zastosowaniu stawki VAT w wysokości 22% do usługi dozoru, na którą składają się: utrzymywanie czystości wokół budynku oraz sprzątnie korytarza i sanitariatu. Zdaniem Zamawiającego do utrzymywania czystości wokół budynku należało zastosować stawkę 7%, natomiast do sprzątnia korytarza i sanitariatu – stawkę 22%.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się na wystąpienie w niej błędów w obliczeniu ceny, tj. niewłaściwie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Bez znaczenia jest przy tym, czy stawka VAT zastosowana do usługi dozoru była prawidłowa.

Izba nie ustalała prawidłowości stawki podatku od towarów i usług zastosowanej w ofercie Odwołującego do usługi dozoru, z uwagi na fakt, że jest to zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy. Istotą sporu jest bowiem nie tyle wysokość stawki podatku, co możliwość odrzucenia oferty w przypadku zastosowania stawki niewłaściwej.

W ocenie Izby, na pytanie, czy przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w przypadku niewłaściwego naliczenia w ofercie podatku od towarów i usług, należy udzielić

odpowiedzi negatywnej. Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną w podobnych sprawach, w wyrokach KIO z 29 marca 2010 r. (KIO/UZP/260/10) oraz z 18 marca 2010 r. (KIO 1053/10 z 18 czerwca 2010 r.).

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

Przed wszystkim podkreślić należy, że naliczenie i odprowadzenie podatku VAT obciąża wykonawcę jako podatnika i to on ponosi ryzyko i pełną odpowiedzialność z tego tytułu, w tym odpowiedzialność karnoskarbową.

Zastosowana stawka podatku VAT nie wpływa w żaden sposób ani na wynik oceny ofert, ani na ponoszone przez Zamawiającego koszty realizacji zamówienia. Zamawiający dokonując oceny ofert bierze pod uwagę ceny ofertowe brutto, a więc wykonawca nie może – stosując inną stawkę niż wynikająca z obowiązujących przepisów – wpłynąć na swoją pozycję w rankingu ofert. Zatem fakt zastosowania określonej stawki nie ma wpływu na zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Co więcej, zaoferowana cena brutto wiąże wykonawcę i pozostaje niezmienna w toku realizacji zamówienia, niezależnie od jego rozliczeń z organami podatkowymi, nie stwarza więc żadnego ryzyka po stronie Zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego o obowiązku weryfikacji prawidłowości zastosowania stawek podatkowych w złożonych ofertach. W ocenie Izby brak jest podstaw do przypisania Zamawiającemu takiego obowiązku czy nawet uprawnienia. Byłoby to bowiem przypisanie podmiotom prowadzącym postępowania o zamówienie publiczne kompetencji przysługujących wyłącznie organom podatkowym.

Podkreślić należy, że nie tylko przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiających do weryfikowania prawidłowości obliczenia podatku. 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).

Konsekwencje przyjęcia odmiennej interpretacji, zobowiązującej Zamawiającego do weryfikacji prawidłowości zastosowanych do obliczenia cen ofertowych stawek podatku od towarów i usług oraz do odrzucenia ofert, w których przyjęto niewłaściwe stawki, wywoływałoby istotne problemy w postępowaniach o zamówienia publiczne w sytuacji, gdy w jednym postępowaniu różni wykonawcy dysponują odmiennymi, wzajemnie sprzecznymi interpretacjami właściwych organów podatkowych. W takim przypadku wykonawcy z jednej strony byłiby zabezpieczeni – zgodnie z art. 14k ustawy Ordynacja podatkowa – przed negatywnymi konsekwencjami zastosowania określonych stawek podatkowych w zakresie ewentualnych domiarów podatkowych i odpowiedzialności karnoskarbowej, z drugiej – narażeni na odrzucenie oferty, w przypadku odmiennego stanowiska Zamawiającego, który uznając jedną stawkę podatku za właściwą, inną musiałby uznać za nieprawidłową. Podkreślić również należy, że rozstrzyganie o prawidłowości stawki podatku nierzadko, zwłaszcza w sprawach szczególnie skomplikowanych, może przekraczać możliwości i kompetencje zamawiających.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w postępowaniach o zamówienia publiczne ani Zamawiający, ani organy orzekające, nie są uprawnione do rozstrzygania o prawidłowości zastosowanej stawki podatku od towarów i usług. Stanowisko odmienne, prezentowane przez Zamawiającego, jest nie tylko niecelowe, nie służy bowiem ani ochronie jego interesów, 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.

Reasumując należy stwierdzić, że błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, mogący stanowić podstawę odrzucenia oferty, odnosi się do omyłek rachunkowych lub innych błędów rzeczowych dotyczących wyceny przedmiotu zamówienia, nie zaś do wynikającej z przepisów prawa stawki podatku od towarów i usług, do której zastosowania zobowiązany jest wykonawca będący podatnikiem i który ponosi konsekwencje z tego tytułu. Przyjęcie takiego stanowiska nie tylko pozwala uniknąć negatywnych konsekwencji dla pewności i bezpieczeństwa prowadzenia działalności gospodarczej, ale jest spójne z obowiązującym systemem prawnym, przypisującym poszczególnym podmiotom określone kompetencje i odpowiedzialność.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby:

.....