

Sygn. akt: KIO 2057/12

WYROK

z dnia 10 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2012 r. przez wykonawcę **R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. APUS R..... M.....**, 42-215 Częstochowa, ul. Gruszowa 9 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Częstochowa**, 42-217 Częstochowa, ul. Śląska 11/13

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

1.1 Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. APUS R..... M.....**, 42-215 Częstochowa, ul. Gruszowa 9 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. APUS R..... M.....**, 42-215 Częstochowa, ul. Gruszowa 9 tytułem wpisu od odwołania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Miasto Częstochowa na wykonanie usługi *przeprowadzenia zajęć doradztwa zawodowego dla uczniów szkół ponadgimnazjalnych w Częstochowie w roku szkolnym 2012/2013 oraz 2013/2014 – 8 części*, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1, 3, 5 i 7 przedmiotu zamówienia, wykonawca R..... M..... (P.H.U. APUS R..... M.....) wniósł w dniu 26 września 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2057/12). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 25 września 2012 r. Informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, Wykonawca powziął wiedzę z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazanego przez Zamawiającego drogą mailową w dniu 18.09.2012 r. Postępowanie ogłoszone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Biuletynie 2012/S 137-229162 w dniu 19.07.2012 r. i dodatkowo w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16.07.2012 r., poz. 154707, a wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego na łączną kwotę 1.100.520,00 zł., stanowiącą równoważność kwoty wyrażonej w euro w wysokości 273.788,44 euro.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego błędną interpretację i błędne zastosowanie, prowadzące do naruszenia art. 7 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1,3,5 i 7 przedmiotu zamówienia w oparciu o podane w ofertach ceny brutto.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał na podjęte przez Zamawiającego czynności poprawienia w treści części ofert omyłek dotyczących stawki podatku VAT. Odwołujący uznał, iż podstawę, z której Zamawiający skorzystał w celu poprawienia treści ofert, stanowił przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący, mając na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11, podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały podstawy uprawniające Zamawiającego do poprawienia zaoferowanych cen na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który to przepis może być zastosowany w przypadku, gdy zamawiający wskaże w siwz stawkę podatku VAT na towar lub usługę, która nie zostanie lub błędnie zostanie zastosowana przez wykonawcę przy określeniu ceny. W przedmiotowym postępowaniu siwz nie zawierał zobowiązania do zastosowania konkretnej stawki VAT, z czego Odwołujący wywodzi wniosek, iż wykonawcy mogli przy kształtowaniu ceny doliczyć podatek VAT, lub też go nie doliczać, w sytuacji gdy przepisy prawa podatkowego takiego obowiązku nie

przewidywały. Jednocześnie wskazała na brak błędu w doliczeniu podatku do usługi korzystającej ze zwolnienia, z uwagi na dobrowolny charakter takiego doliczenia. Skoro wykonawcy mogli dowolnie kształtować cenę, to należy zdaniem Odwołującego przyjąć, iż decydując się na doliczenie do ceny oferty podatek VAT, uczynili to rozważnie i celowo, nie ma zatem podstawy do stwierdzenia, iż wykonawcy ci popełnili oczywistą omyłkę rachunkową, czy też inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z siwz. Taka omyłka wystąpiłaby wówczas, gdyby wykonawcy doliczyli do ceny podatek VAT, a siwz przewidywałaby podanie w ofercie ceny netto lub też wskazywała, iż przedmiot zamówienia jest zwolniony od tego podatku.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dziennik Ustaw z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych w postępowaniu, jak i korespondencji z wykonawcami, a także stanowisk stron prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty w odwołaniu sprowadzają się do jednej zasadniczej kwestii dotyczącej oceny dopuszczalności poprawienia przez zamawiającego w toku oceny ofert zaproponowanych cen brutto na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba ustaliła, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formularzu oferty, określił stawkę podatku VAT jak przyjął – 23 % i jednocześnie wskazał na

obowiązek podania informacji o zwolnieniu z zapłaty podatku wykonawcy lub usługi wraz z uzasadnieniem.

W postępowaniu złożonych zostało siedem ofert, z których w czterech obliczono ceny brutto z uwzględnieniem, iż usługa korzysta ze zwolnienia od podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 29 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, a w trzech wykonawcy obliczyli cenę oferty przyjmując stawkę podatku VAT – 23 %.

Zamawiający w toku badania ofert poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ceny w ofertach trzech wykonawców: Solid Consulting Ł..... K..... z Gorzowa Wielkopolskiego, Awans Ośrodek Usług Oświatowych J..... F..... z Lublińca, Centrum Doradczo-Edukacyjne Proefecto M..... B.....-G..... z Częstochowy, w zakresie części 1, 3, 5 i 7 przedmiotu zamówienia. Zamawiający w oparciu o dokumenty załączone do ofert pozostałych wykonawców, tj. pisma Dyrektora Departamentu Zarządzania Europejskim Funduszem Społecznym w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego z 31.01.2012 r., pisma Ministra Finansów z 27.12.2012 r., a także pisma z 26.07.2011 r. Podsekretarza Stanu, uznał, iż przedmiotowa usługa szkoleniowa podlega zwolnieniu z podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 29 ustawy o VAT. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający poprawił ceny w ofertach trzech wykonawców, pomniejszając wysokość ceny brutto za 1 godzinę lekcyjną o naliczoną wartość podatku VAT – 23 %. Uzyskaną w ten sposób cenę netto za 1 godzinę lekcyjną Zamawiający pomnożył przez przewidywaną ilość godzin lekcyjnych dla danej części, otrzymując całkowitą cenę netto, równą cenie brutto. Wszyscy trzej wykonawcy wyrazili zgodę na poprawienie treści ofert w ten sposób, co doprowadziło do ustalenia niższych od wskazanych w ofertach cen brutto dla poszczególnych części., a w konsekwencji do wyboru jako najkorzystniejszych ofert: Centrum Doradczo-Edukacyjne Proefecto M..... B.....-G..... (w częściach: 1, 3 i 5) oraz Solid Consulting Ł..... K..... (w części 7).

Odwołujący złożył ofertę na wszystkie części przedmiotu zamówienia, w częściach: 2, 4, 6 i 8, uzyskując najwyższą ocenę, a w pozostałych uzyskując punktację tuż za wykonawcami, w których zamawiający poprawił ceny brutto.

Mając na uwadze poczynione ustalenia, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, iż dokonanie poprawienia wysokości zaoferowanych cen brutto w stosunku do dwóch wykonawców: Centrum Doradczo-Edukacyjne Proefecto M..... B.....-G..... (w częściach: 1, 3 i 5) oraz Solid Consulting Ł..... K..... (w części 7), wpłynęło na ustalenie wyniku postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w tych częściach przedmiotu zamówienia. Ustalenie to prowadziło do konstatacji, iż czynność Zamawiającego mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia na wszystkie części przedmiotu

zamówienia, co wypełniało przesłankę do merytorycznego rozpoznania zarzutów, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba oddalając odwołanie uznała, iż w okolicznościach w jakich Zamawiający dokonał czynności poprawienia treści ofert, nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, przez poprawienie cen ofert w elemencie cenotwórczym, tj. stawce podatku VAT. Izba w swoim stanowisku kierowała się generalną wytyczną prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Izba, podobnie jak obie strony, uwzględniła stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale III CZP 52/11 z 20 października 2012 r., w którym zwrócono uwagę na konieczność zapewnienia przy ocenie ofert stanu ich porównywalności, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba przyjęła, iż poprawienie ofert, w których wykonawcy przyjęli do obliczenia ceny brutto stawki podstawowe, miało na celu doprowadzenie do stanu porównywalności ofert, jako elementu koniecznego do przeprowadzenia oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Żądanie powtórzenia czynności oceny w ten sposób, do którego dąży Odwołujący, zaprzeczałoby realizacji założeń ustawodawcy, na jakie wskazał Sąd Najwyższy, przyjmując, iż dokonanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT, zburzałoby realizację założeń ustawodawcy. Jednocześnie Izba uwzględniając zakres zarzutów, nie była uprawniona do rozstrzygnięcia, jaka stawka podatku VAT w stosunku do przedmiotowej usługi była właściwa i czy w ofertach popełniono błąd w obliczeniu ceny. Zarzuty w odwołaniu sprowadzały się wyłącznie do zakwestionowania możliwości zmiany wysokości cen brutto, obliczonych z uwzględnieniem stawki podstawowej VAT. Odwołujący nie podnosił w ogóle okoliczności ustalenia prawidłowej stawki podatkowej, jaką należało przyjąć do obliczenia ceny brutto w ofertach. Kwestia błędu w obliczeniu ceny, jako ewentualnej podstawy do odrzucenia ofert, nie była objęta zakresem zarzutów w odwołaniu.

Mając na uwadze treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, iż Zamawiający nie narzucił, jako jedynej wiążącej w postępowaniu wykonawców stawki VAT 23%, pozostawiając wykonawcom możliwość obliczenia ceny brutto z uwzględnieniem zwolnienia przedmiotowej usługi z podatku VAT. W toku rozprawy wyjaśnił, iż wskazanie stawki podstawowej było dla niego bezpieczniejsze w kontekście ustalenia wysokości kwoty dofinansowania i jednocześnie był świadomy odmiennych stanowisk organów podatkowych w przedmiocie ustalenia właściwej stawki podatku VAT.

Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert, doprowadzając do ich porównywalności. Skoro przedłożone przez innych wykonawców dokumenty – stanowiska Ministra Rozwoju Regionalnego, Ministra Finansów oraz Podsekretarza Stanu, wskazują iż przedmiotowa usługa korzysta ze zwolnienia od podatku VAT, czemu Odwołujący nie

przeciżył, Zamawiający zobowiązany był w toku oceny ofert przyjąć, jedną ze wskazanych w siwz możliwości za prawidłową, w celu przeprowadzenia oceny ofert w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba nie uwzględniła tej argumentacji Odwołującego, w której wskazywał on na obciążenie wykonawców konsekwencjami karno-skarbowymi decyzji Zamawiającego. Wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co wyraża się między innymi w doprowadzeniu do porównywalności ofert, w żaden sposób nie zmienia sytuacji prawnej wykonawców, którzy jako podatnicy zobowiązani są do prawidłowego rozliczenia zobowiązań podatkowych. Decyzje Zamawiającego, czy też Izby co do zastosowanej w ofertach stawki podatku VAT, mogą wywoływać skutki jedynie na płaszczyźnie wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, w szczególności nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych. W ocenie Izby, z obowiązkiem przeprowadzenia oceny ofert w zgodzie z zasadami znajdującymi wyraz w art. 7 ust. 1 ustawy, wiąże się konieczność podjęcia decyzji przez Zamawiającego, które wywołują skutki dla samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, kiedy przepisy podatkowe budzą często wątpliwości samych organów podatkowych co do ich stosowania w konkretnych stanach faktycznych, może zaistnieć sytuacja, iż decyzja podjęta w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co do właściwej stawki ulegnie zmianie na etapie rozliczenia z organem podatkowym. Stąd faktyczny sposób, w jaki nastąpi rozliczenie zobowiązania podatkowego nie może mieć znaczenia dla oceny prawidłowości oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, stanowi wyraz przyznanych zamawiającemu przez ustawodawcę możliwości ingerencji w treść oferty wykonawcy, co jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego, może dotyczyć również elementu cenotwórczego – stawki podatku VAT. Skoro wykonawca wezwany do wyrażenia zgody na poprawienie wysokości ceny w ofercie taką zgodę wyraża, to podobnie jak w momencie ustalenia ceny brutto oferty bierze odpowiedzialność za właściwe rozliczenie z fiskusem usługi.

Oдноśnie wyrażonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przesłanki braku istotności poprawionej omyłki na treść oferty, Izba uznała, iż stawka podatku VAT, jako obowiązkowy element cenotwórczy, którego wysokość jest niezależna od woli wykonawcy, nie stanowi elementu oferty istotnego w tym znaczeniu, iż nie może być on dowolnie określany przez wykonawcę w drodze oświadczenia woli.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, w zakresie podniesionych zarzutów, iż Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a czynność poprawienia treści ofert umożliwiała realizację założeń ustawodawcy, prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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 zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez Odwołującego (15.000,00 zł) i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....