

WYROK
z dnia 17 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „Agrobex” Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Średzki, reprezentowany przez Zarząd Powiatu Średzkiego, ul. Daszyńskiego 5, 63-000 Środa Wielkopolska,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „WEGNER” Sp. j., Rudki 10, 62-240 Trzemeszno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „Agrobex” Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „Agrobex” Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „Agrobex” Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** na rzecz **Powiatu Średzkiego, reprezentowanego przez Zarząd Powiatu Średzkiego, ul. Daszyńskiego 5, 63-000 Środa Wielkopolska** kwotę **281 zł 00 gr** (słownie: dwieście osiemdziesiąt jeden złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Średzki, reprezentowany przez Zarząd Powiatu Średzkiego, ul. Daszyńskiego 5, 63 - 000 Środa Wielkopolska, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę budynku szpitala powiatowego w Środzie Wlkp. wraz z infrastrukturą techniczną.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 07 listopada 2012 r., pod numerem 437658-2012.

Wartość Zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 28 grudnia 2012 r. zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „WEGNER” Sp. j., Rudki 10, 62-240 Trzemeszno.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (60 - 845) przy ul. Kochanowskiego 7 złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu odrzucenie jego oferty.

W tym zakresie przedstawił zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty AGROBEX;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 6 PZP poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty AGROBEX;
3. art. 7 ust. 1 PZP, poprzez naruszenie w toku postępowania o udzielenie Zamówienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
4. art. 7 ust. 3 PZP, poprzez udzielenie Zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółkę pod firmą Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa WEGNER Sp. j. z siedzibą w Rudkach;
2. przywrócenia oferty AGROBEX;
3. powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu;

4. dokonania wyboru oferty AGROBEX jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań podniósł, że zgodnie z informacją o odrzuceniu jego oferty zamawiający wskazał, że powodem odrzucenia było zastosowanie przez AGROBEX dwóch stawek podatku VAT do wyliczenia ceny tj. 8% i 23%, podczas gdy właściwa stawka wynosiła 23%.

W ocenie odwołującego argumentacja ta jest bezpodstawna gdyż zamawiający nie określił bowiem stawki podatku VAT, jaką wykonawca powinien brać pod uwagę przy ustalaniu ceny. Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia mowa jedynie o „*należnym podatku VAT*”, bez podania jego kwoty.

Wskazał jako istotny w sprawie fakt, że w toku postępowania zadane zostało pytanie wykonawcy odnoszące się do tej kwestii. Udzielona przez zamawiającego odpowiedź nie stanowiła wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości, ponieważ ograniczała się do stwierdzenia, iż: „*Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług*”. W kontekście tej odpowiedzi nie można zgodzić się z argumentacją zamawiającego, zgodnie z którą, to z projektu umowy (załączonego do SIWZ) wynikała stawka podatku. Stanowisko to jest chybione, albowiem do kwestii tej nie odniósł się zamawiający w odpowiedzi na zadane pytanie, dodatkowo podkreślić należy, iż w tylko jednym zdaniu umowy jest mowa o podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy inne załączniki do SIWZ - w szczególności formularz ofertowy - zawierają wolne miejsce do uzupełnienia stawki tego podatku, zgodnie z indywidualną klasyfikacją dokonaną przez wykonawców w tej materii.

Wobec powyższego wskazał, iż był ponadto w pełni uprawniony do określenia stawki podatku na poziomie 8% i 23% albowiem dysponował indywidualną interpretacją organu podatkowego, -postanowienie Naczelnika Urzędu Skarbowego Wrocław Krzyki z dnia 27 marca 2007 r. na mocy której takie działanie było zgodne z prawem.

Ponadto podniósł, iż w niniejszej sprawie nie mogło dojść do niezgodności treści oferty z SIWZ, ponieważ wobec braku wskazania stawki podatku VAT w SIWZ brak było dwóch potrzebnych do porównania elementów (była tylko wysokość podatku zaproponowana przez AGROBEX), niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

Stwierdził, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił te oferty, w których wykonawcy zastosowali dwie stawki podatku VAT. Działania te nie znajdują żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach, tym bardziej, że działanie w tym zakresie odwołującego opierało się na indywidualnej interpretacji podatkowej. W postępowaniu dyskryminowani niejako byli ci wykonawcy, którzy dysponowali decyzjami organów podatkowych zawierającymi korzystne dla nich wykładnie przepisów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie podniósł iż

przedmiotem zamówienia jest rozbudowa budynku szpitala powiatowego w Środzie Wielkopolskiej wraz z infrastrukturą techniczną.

Stwierdził, iż kwestionowanie czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, wskazując na indywidualną interpretację organu podatkowego - postanowienie Naczelnika Urzędu Skarbowego Wrocław Krzyki z dnia 27 marca 2007 r. jest zdaniem zamawiającego niezasadne.

Interpretacja jaką przedstawił odwołujący dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego niż ten w przedmiotowym postępowaniu, dotyczył bowiem wykonania tylko instalacji gazów medycznych na potrzeby służby zdrowia i jest to interpretacja dla podwykonawcy. W stanie faktycznym objętym postępowaniem będącym przedmiotem odwołania instalacja gazów medycznych wykonywana jest w ramach wykonania rozbudowy budynku szpitala. W niniejszej sytuacji przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w ramach których znajduje się m.in. usługa instalacji gazów medycznych, która z punktu widzenia funkcjonalności budynku jakim jest szpital a także ustawy Pzp oraz ustawy Prawo budowlane jest robotą budowlaną (art. 6 § 3 PZP, art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane).

Na poparcie swojego stanowiska przedłożył trzy interpretacje indywidualne Dyrektorów Izb Skarbowych mających uzasadnić zajęte w sprawie stanowisko.

Dodał iż z wyjaśnienia odwołującego złożonego w toku postępowania zastosowanie 8% stawki podatku VAT zamiast 23% nie było wynikiem omyłki, lecz w pełni świadomego jego działania. Stąd też nie wystąpiły przesłanki do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Wskazał ponadto iż w wyniku wskazania w ofercie obwołującego niższej niż wynikająca zobowiązujących przepisów stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto doprowadziłoby do wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej co byłoby nieuczciwe wobec innych wykonawców którzy złożyli oferty zawierające prawidłową stawkę podatkową.

Stwierdził, że wprowadzenie obowiązku odrzucenia ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny stanowi o woli ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie mógł dokonać oceny ofert skalkulowanych z uwzględnieniem różnych stawek VAT. Ustaleń w tym zakresie nie można było dokonać w oderwaniu od pozostałych ofert poddanych ocenie zamawiającego. Skoro w ofercie odwołującego popełniono błąd w obliczeniu ceny, to jego oferta podlegała odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca którego oferta została w postępowaniu uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego stwierdzając, że odrzucenie oferty było w

pełni zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia gdyż jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny – wysokość zaoferowanej ceny.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest kwestia, czy odwołujący miał możliwość zaoferowania w ofercie dla wyliczenia ceny oferty dwóch stawek podatkowych tj 8% i 23%.

Do przedstawionego przez strony stanu faktycznego podanego w pismach procesowych, a opisanego ww. części odwołania Izba w trakcie posiedzenia w oparciu o stanowiska stron uznała za ważne wskazanie jeszcze dodatkowych, niżej wymienionych okoliczności faktycznych.

Odwołujący podniósł, że z SIWZ nie wynika jaki punkt danego postanowienia SIWZ odwołujący naruszył. Ponadto zamawiający nie określił ani w formularzu ofertowym, ani w SIWZ jednej stawki podatku VAT której wykonawcy mieliby użyć do obliczenia ceny oferty. Takie stanowisko nie zostało również zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 39, gdzie Zamawiający w sposób wymijający odpowiedział, iż nie jest on uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie stawki podatku VAT, pomimo tego iż odpowiedzią na to pytanie mógł rozwiązać wszelkie wątpliwości w tym zakresie.

Powołując się na indywidualną interpretację podatkową wydaną w dniu 27 marca 2007 roku z której wynika uprawnienie do zastosowania na instalacje gazów medycznych obniżonej stawki podatkowej stwierdził, że podmiot posiadający taką interpretację zobowiązany jest do stosowania się w swoim postępowaniu tej stawki podatkowej, a ponadto, w przypadku zastosowania takiej stawki, nie jest możliwe, aby ponosił z tego tytułu negatywne konsekwencje.

Odwołujący wykazał, że wartość robót zakwalifikowanych jako roboty dotyczące gazów medycznych wynosiła w jego przypadku 3 mln zł, co stanowiło około 34% wartości całej oferty.

Przy tak znaczącej wartości robót dot. gazów medycznych, zdaniem odwołującego możliwe było zastosowanie dwóch stawek podatkowych gdyż roboty dotyczące gazów medycznych są osobną wyodrębnioną częścią przedmiotu zamówienia.

Nadto wskazał, że biorąc pod uwagę fakt, iż oferta została sporządzona przy uwzględnieniu interpretacji organu podatkowego, można było uznać, iż działanie w takiej sytuacji odwołującego było obarczone błędem, a tym samym, Zamawiający, mając wiedzę w tym zakresie, winien podjąć próbę ewentualnej poprawy zastosowanej stawki podatku VAT w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający z przystępującym dodatkowo wskazali, że w postępowaniu zostało złożonych 18 ofert, z czego zamawiający odrzucił 4 z powodu zastosowania przez tych wykonawców niewłaściwej- podwójnej stawki podatku VAT.

Charakterystyczną kwestią w sprawie jest to, że wartość robót w ofertach odrzuconych cechowała się dużą rozbieżnością, gdyż w jednej ofercie wynosiła około 30 tys. zł natomiast w ofercie odwołującego jest to kwota aż 3 mln zł. Podobnie w ofertach nieodrzuconych przez zamawiającego najniższa kwota za wykonanie robót branży gazów medycznych wynosiła od 250 tys. zł do 1,5 mln zł. Co procentowo we wszystkich złożonych ofertach stanowiła od 2,5 – 34% wartości całej oferty. Tym samym ich zadaniem odwołujący, wprowadzając 8% stawkę podatku VAT, dokonał swoistej manipulacji ceną oferty, gdyż zakres robót objęty tą stawką jest nieproporcjonalny do cen w tym zakresie wynikających z innych ofert, jak i szacunków zamawiającego ustalonych przy szacowaniu wartości zamówienia..

Izba odnosząc się do powyższych ustaleń uznaje za zasadne, odrzucenie oferty odwołującego z powodu iż złożona oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Niewątpliwym jest, że w pkt 2 ust.1 projektu umowy zamawiający wskazał iż stawka podatku VAT winna wynosić 23%, cyt. „*Wynagrodzenie obejmuje podatek VAT w wysokości 23%*”

Zasadne jest częściowo stanowisko odwołującego, że zamawiający odpowiadając na pytanie nr 39 mógł rozwiązać wątpliwości w tym zakresie udzielając jednoznacznej odpowiedzi. Zauważenia wymaga, taki sam błąd jak odwołujący popełniło jeszcze trzech innych wykonawców, których jak wyżej wskazano również oferty zostały z tego samego powodu odrzucone.

Niewątpliwym w sprawie jest również fakt, że odwołujący powołując się na posiadaną indywidualną interpretację podatkową w sposób świadomy zaoferował w ofercie, cenę ofertową zawierającą dwie stawki podatkowe, podatku VAT 8 i 23%.

Zastosowanie tych dwóch stawek, zdaniem Izby wynikało raczej z przyczyn mających na celu umożliwienie mu zaoferowania (przypuszczalnie – na tym etapie postępowania) jak najniższej ceny, umożliwiającej mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym zaoferowanie w ofercie dwóch stawek podatkowych było działaniem świadomym odwołującego, a nie wynikiem błędu jak to w trakcie rozprawy próbował interpretować,

dlatego też w tej sprawie brak było podstaw do poprawy zaoferowanej 8% stawki VATu jako innej omyłki w trybie art. 89 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Inna kwestią pozostającą poza zarzutami odwołania i tym samym kognicją Izby, jest kwestia dlaczego odwołujący tak duży zakres robót zarówno co do rodzaju jak i ceny – inną niż wszyscy inni wykonawcy, zaliczył do robót branżowych dot. gazów medycznych

Co do możliwości opierania się na rzekomej interpretacji podatkowej, to w trakcie postępowania ustalono, że interpretacja ta była wydana nie dla odwołującego, ale dla innego podmiotu, dla jego podwykonawcy.

Należy uznać, że uszło uwadze odwołującemu iż w końcowej części przedmiotowej interpretacji na którą się powołuje „stwierdzając równocześnie iż ma obowiązek stosować się do niej jest stwierdzenie organu skarbowego, że *„zgodnie z art. 14§ 2 ustawy Ordynacja podatkowa niniejsza interpretacja dotyczy stanu faktycznego przedstawionego przez wnioskodawcę oraz stanu prawnego obowiązującego na dzień wydania niniejszego postanowienia”*. Przedmiotowa interpretacja została wydana dla zupełnie innego stanu faktycznego, gdzie instalacja gazów medycznych była przedmiotem samodzielnego obrotu, natomiast w niniejszym postępowaniu roboty te stanowią pewien ułamek całości robót objętych zamówieniem. W przedmiotowym postępowaniu żadne roboty branżowe nie zostały wyodrębnione z przedmiotu zamówienia. Tym samym stwierdzić należy, że w tym stanie faktycznym udzielanego zamówienia, przy wykonywaniu instalacji gazów medycznych z pozostałymi robotami budowlano-montażowymi, brak jest możliwości wyodrębnienia wykonania tej instalacji, jako osobnej usługi, gdyż roboty nim objęte są ściśle powiązane ze sobą i wynikają z realizacji jednego przedmiotu zamówienia.

Wykonywanie robót instalacji gazów medycznych, realizowanej w ramach wykonania budowy budynków szpitali i zakładów opieki medycznej podlega opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT. (interpretacja indywidualna dokonana przez dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach IBPP2/443-191/11/RSz)

Zdaniem Izby zasadne jest odniesienie się do nadawania przez odwołującego tak szczególnej wagi indywidualnym interpretacjom podatkowym. Zdaniem Izby brak jest podstaw prawnych dla kreowania takiego stanowiska.

Zasygnalizować należy, iż sprawa ustalenia właściwej stawki podatku VAT w sytuacji objęcia zamówieniem robót budowlanych i towarzyszącym im robotom instalacyjno-przyłączeniowych była wielokrotnie przedmiotem orzekania zarówno KIO jak i sądów. Istotnym w tej sprawie wydaje się być wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 kwietnia 2011 r., sygn. akt: I FSK 499/10. Gdzie sąd stwierdził iż *w jego ocenie przyłącze stanowi integralną część budynku także gdy znajduje się poza budynkiem, gdyż jest ono niezbędne dla użytkowania obiektu mieszkalnego*. Nadto w treści ww. wyroku wskazał, iż

podziela pogląd wyrażony w wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach 0349/96 Card Protection Plan Ltd. Oraz 041/04 Levob Verzekeringen BV, że niedopuszczalne jest sztuczne dzielenie usługi złożonej z kilku świadczeń w celu opodatkowania ich różnymi stawkami podatku od towarów i usług. Podobne stanowiska możemy odnaleźć w wyrokach:

- wyrok z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt I FSK 1512/07 – *„Podział czynności opodatkowanych VAT dokonywanych na terytorium kraju ma charakter dychotomiczny - czynność stanowi albo dostawę towarów albo świadczenie usług. (...) W sytuacji, gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki VAT, powinna przesądzać czynność główna.”*,

- Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 9 czerwca 2006 r., sygn. akt II Ca 642/06 – *jeżeli przedmiot zamówienia ma różnorodny charakter, powinna być przyjęta stawka podatku VAT dla tego przedmiotu, który nadaje całości zasadniczy charakter.*

Powracając do zagadnienia znaczenia posiadania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego indywidualnej interpretacji podatkowej wskazać należy, że nawet gdy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia dysponują i powołują się na wydane na ich rzecz interpretacje właściwych i kompetentnych w sprawie organów podatkowych (często nawet odmienne dla danego stanu faktycznego postępowania), zamawiający musi dokonać stosownego rozstrzygnięcia w tym zakresie. Zamawiający w takim przypadku nie jest adresatem dyspozycji przepisu art. 14b § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm.) i nie jest związany stanowiskiem zawartym w indywidualnej interpretacji podatkowej, o której mowa w art. 14 a-d przywołanej ustawy.

Jak wskazał WSA w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 listopada 2007 r. (sygn. akt I SA/Łd 441/07) interpretacjami takimi nie jest związany również sam wykonawca (podatnik): *„Interpretacje nie są źródłem prawa, nie są też źródłem obowiązków, stąd nie wiążą one podatników w ramach przedstawionego przez nich stanu faktycznego. Pismo rozstrzygające interpretacje nie jest rozstrzygnięciem władczym, nie ma także charakteru aktu stosowania prawa. Wydając postanowienie zawierające interpretację organ podatkowy nie ustanawia żadnej normy indywidualnej, lecz jedynie przedstawia swój pogląd dotyczący rozumienia treści przepisów prawa podatkowego i sposobu ich zastosowania w odniesieniu do określonej sprawy indywidualnej.”*

Tym samym stwierdzić należy, że wykonawca posiadając interpretację podatkową, przygotowując ofertę, jest zabezpieczony tylko przed negatywnymi konsekwencjami zastosowania przyjmowanych i rozliczanych przez niego stawek podatkowych w zakresie ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej, nie ma natomiast żadnej gwarancji co do

ewentualnego braku możliwości odrzucenia jego oferty złożonej ze stawką podatku VAT wynikającej z takiej interpretacji.

Za wyrokiem KIO 2695/12 należy potwierdzić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, indywidualne interpretacje podatkowe uzyskiwane przez wykonawców, stanowią dla zamawiającego jedynie wskazówkę, co do sposobu interpretacji i stosowania określonych przepisów podatkowych, a ich rozstrzygnięcia i uzasadnienia oddziaływać nań jedynie poprzez zawartą tam argumentację i autorytet organów podatkowych, które je wydają. W każdym przypadku zamawiający będzie mógł inaczej ocenić znaczenie adekwatnych przepisów i odrzucić ofertę podającą stawkę VAT, którą właściwe organy podatkowe uznają za prawidłową. Również organy orzekające (KIO, sądy okręgowe) w sprawie prawidłowości decyzji zamawiającego dotyczącej odrzucenia lub zaniechania odrzucenia oferty ze względu na podaną stawkę VAT mogą w przedmiocie prawidłowości stawki podatku od towarów i usług zająć stanowisko odmienne od wyrażonego uprzednio stanowiska organów podatkowych. W szczególności zadecydować o odmiennej interpretacji przepisów podatkowych w sytuacji, gdy każdy z wykonawców składających oferty zawierające różne stawki VAT dysponuje stosowną, wydaną na jego wniosek i dotyczącą danego przedmiotu zamówienia indywidualną interpretacją podatkową.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a dotyczącej błędnej jego wykładni i w konsekwencji bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego Izba stwierdza, że brak jest podstaw do uwzględnienia również tego zarzutu. Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że w § 2 ust.1 umowy, będącej załącznikiem SIWZ zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał iż kwota wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu zamówienia obejmuje podatek VAT w wysokości 23%. Wobec tak jednoznacznie postawionego wymogu, brak jest podstaw do przyjęcia jakoby brak podania przez zamawiającego w rubrykach formularza ofertowego stawki podatku VAT upoważniało wykonawców do przyjęcia stanowiska iż dopuszczalna jest również inna stawka podatku.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 wskazać należy, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili ich przygotowywania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych.

Izba nie stwierdziła aby zamawiający prowadząc postępowanie i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy „WEGNER” Sp. j., naruszył w tym zakresie przepis zasady z art. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący