

Sygn. akt: KIO 305/16

WYROK

z dnia 17 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2016 r. przez **AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu,**

przy udziale **Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Fundację Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać;
3. Kosztami postępowania obciążyć Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu na rzecz AKME Z. W. Sp. z o.o. kwotę 18 794 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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 – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Przeprowadzenie badań archeologicznych (wraz z opracowaniem ich wyników) na trasie inwestycji polegającej na budowie drogi ekspresowej S-5 Poznań-Wrocław, odcinek Radomicko-Kaczkowo.*

W dniu 3 marca 2016 r. wykonawca AKME Z. W. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Fundację Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, a także art. 113 ust 1 i ust. 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty:

- oferta Odwołującego na kwotę 1.756. 323,10 zł brutto (1.061.547,31 zł netto) tytułem ratowniczych badań wykopaliskowych wraz z robotami przygotowawczymi, 366 357,65 zł netto tytułem opracowania wyników badań i 328 418,14 zł tytułem podatku VAT od przedmiotowych usług.
- oferta Fundacji na kwotę 1.105.649,53 zł netto – 739.291,88 zł tytułem ratowniczych badań wykopaliskowych wraz z robotami przygotowawczymi i 366.357,65 zł tytułem opracowania wyników badań.

Kosztorys ofertowy przedstawiony przez Fundację nie zawierał podatku VAT – w rubryce Podatek VAT wskazano „zw”. Pismem z dnia 8 lutego 2016 r. Zamawiający wezwał Fundację do złożenia wyjaśnień w sprawie podstaw zwolnienia z podatku VAT. W piśmie z dnia 15 lutego 2016 r. Fundacja wskazała, że podstawą zwolnienia jest art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, z uwagi na fakt, że wartość sprzedaży nie przekroczyła w ubiegłym roku podatkowym kwoty 150.000,00 tys. zł.

Zdaniem Odwołującego, dokonując wyboru powyższej oferty Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że Fundacja nie uwzględniła w cenie ofertowej stawki podatku VAT. Dodatkowo, złożenie przez Fundację przedmiotowej oferty

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług *zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150.000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku. Zgodnie z ust. 5 ww. artykułu jeżeli wartość sprzedaży zwolnionej od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w ust. 1, zwolnienie traci moc począwszy od czynności, którą przekroczone tę kwotę.* Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że zwolnienie podmiotowe od podatku VAT ma ograniczony charakter, a spełnienie się prawem unormowanych przesłanek powoduje utratę powyższego zwolnienia. Przekroczenie kwoty uprawniającej do zwolnienia oznacza, że de facto opodatkowana jest część transakcji, na skutek której nastąpiło przekroczenie limitu uprawniającego do zwolnienia. Opodatkowaniu w takiej sytuacji podlegać będzie nadwyżka sprzedaży ponad wartość sprzedaży, w stosunku do której przysługiwało zwolnienie.

Odwołujący podniósł, że Fundacja bezpodstawnie rozciągnęła zwolnienie podatkowe na całą kwotę ceny ofertowej, która opiewa na sumę 1.105.649,53 zł netto. Biorąc pod uwagę postanowienia umowy (załącznik do SIWZ), dopuszczające częściowe odbiory badań i umożliwiające rozliczenie na podstawie faktur częściowych (§ 8 pkt 2 i 9 Umowy nr O.PO.D-3.2413.115.2015) należy uznać, że w 2016 r. Fundacja z tytułu sprzedaży dokonanej w związku z udzielonym zamówieniem, z całą pewnością przekroczy próg zwolnienia podatkowego. Zatem niepowiększenie o podatek VAT ceny ofertowej w zakresie przekraczającym 150.000,00 zł jest – zdaniem Odwołującego – błędem w obliczeniu ceny, uzasadniającym odrzucenie przedmiotowej oferty. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w sprawie o sygn. akt KIO 274/13.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający badając oferty ma obowiązek również zbadać wysokość stawki VAT w oparciu o przepisy prawa i obiektywne kryteria jej zastosowania, co zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), w której Sąd Najwyższy stwierdził, że przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania, czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawców prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odwołujący wskazał, że ustalenie prawidłowej stawki VAT wpływa bezpośrednio na prawidłowe ustalenie ceny, zgodnie bowiem z 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, co oznacza, że cena obejmuje podatek od towarów i usług.

Zdaniem Odwołującego, przyjęcie nieprawidłowej stawki VAT, tj. nieuprawnione skorzystanie ze zwolnienia, jest równoznaczne z nieprawidłowym ustaleniem ceny. Jest to jednocześnie błąd, który nie może zostać usunięty w trybie określonym przepisami Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający jest uprawniony do poprawienia w ofercie jedynie oczywistych omyłek rachunkowych i omyłek pisarskich. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, mogą być poprawiane jedynie wtedy, gdy nie spowodują istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający będzie mógł poprawić ofertę w zakresie wskazania stawki VAT tylko i wyłącznie w sytuacji, kiedy zamawiający określi w specyfikacji wskazanie sposobu obliczania ceny, a w szczególności zobowiąże wykonawców do zastosowania określonej stawki VAT. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wskazał wykonawcom stawki podatku od towarów i usług. Zatem, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego sygn. akt III CZP 53/11, jeżeli zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że obowiązek zbadania wysokości stawki VAT jest także bezpośrednio związany z jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych – zasadą równego traktowania wykonawców, ustanowioną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dopełnił obowiązku zbadania, czy Fundacja prawidłowo wskazała zwolnienie z podatku VAT w zakresie obejmującym całość zamówienia, co skutkowało nieodrzczeniem złożonej przez Fundację oferty. Zamawiający poprzestał jedynie na wezwaniu Fundacji do złożenia wyjaśnień w związku ze wskazaniem w ofercie zwolnienia z podatku VAT, a jego oświadczenie w tym zakresie bezpodstawnie uznał za wystarczające i poprawne, nie poddając go żadnej weryfikacji.

Odwołujący podniósł również, że złożenie przez Fundację oferty bez uwzględnienia w wyliczeniu ceny podatku od towarów i usług stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, naruszający dobre obyczaje kupieckie. W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zwyczajem jest powstrzymywanie się wykonawców od jakichkolwiek działań mających wpłynąć na decyzję zamawiającego o przyjęciu oferty", a uznanie za prawidłową cenę z wadliwie naliczoną stawką VAT (mniejszą niż wymagana ustawowo) narusza interes

innych przedsiębiorców biorących udział w przetargu i jako sprzeczna z prawem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazanie przez Fundację ceny bez podatku VAT wprowadziło Zamawiającego w błąd co do wartości zamówienia, przekłamując faktyczną cenę za wykonanie zamówienia, co rzutowało na uznanie przedmiotowej oferty za najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, że odpowiadając na pytanie Zamawiającego Fundacja oświadczyła, że *w razie przekroczenia przez Fundację kwoty uprawniającej do zwolnienia z podatku VAT podczas realizacji zamówienia i pojawienia się konieczności jego uregulowania, Fundacja dopełni tego obowiązku*. Wobec tak wyrażonego stanowiska, nieuwzględnienie podatku VAT w cenie ofertowej nie ma racjonalnego uzasadnienia biznesowego i stanowi nadużycie prawa podatkowego dla potrzeb uzyskania wyboru najkorzystniejszej oferty. Składając przedmiotową ofertę Fundacja musiała mieć świadomość, że w razie udzielenia zamówienia, przekroczy ona kwotę uprawniającą do zwolnienia od podatku od towarów i usług. Nie uwzględniając podatku VAT i składając Zamawiającemu powyższe oświadczenie Fundacja zafałszowała faktyczny koszt udzielenia zamówienia. Biorąc pod uwagę konieczność odprowadzenia podatku VAT od usługi będącej przedmiotem zamówienia z uwagi na przekroczenie progu zwolnienia, przy nieuwzględnieniu podatku VAT w cenie ofertowej, zaproponowana przez Fundację cena jest ceną rażąco niską.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że istnieją wątpliwości co do okoliczności uzasadniających zwolnienie Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska z obowiązku podatkowego na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Wskazał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że w 2015 r. Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska zostało udzielone co najmniej jedno zamówienie publiczne. W postępowaniu o sygn. O.Op.D-3.2413.09.2015, prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Opolu, Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska udzielone zostało zamówienie na wykonanie zadania nr IV – archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na stanowiskach Złotogłowice 26, Złotogłowice 28, Złotogłowice 10 za cenę ofertową (netto) 278.145,27 zł. W swojej ofercie Fundacja zobowiązała się do wykonania zamówienia w terminie 7 tygodni od pozyskania zezwolenia na prowadzenie prac archeologicznych. Zatem z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością Fundacja do końca 2015 r. rozliczyła powyższe zamówienie w zakresie prac terenowych, których cena, zgodnie ze złożoną przez nich ofertę, opiewa na kwotę 202.640,91 zł netto. Już samo wykonanie powyższego zamówienia rodzi wątpliwość, czy Fundacji faktycznie w chwili składania wybranej oferty przysługiwało zwolnienie podmiotowe z podatku VAT. Co więcej, uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia Fundacji o zwolnieniu od podatku rodzi okoliczność, że

zaledwie 19 dni po złożeniu oferty w niniejszym postępowaniu Fundacja złożyła ofertę w postępowaniu o nr O.Op.D-3.2413.37.2015, prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, w której to ofercie cena ofertowa zawiera podatek VAT.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska, wnosząc o oddalenie odwołania.

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

W punkcie 12 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający podał, że:

- Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach I-III SIWZ i wyliczona w oparciu o Tom IV Kosztorys ofertowy (ppkt 12.1);
- Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (ppkt 12.2);
- Jeżeli złożona zostanie oferta, której wybór prowadzić będzie do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku o towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami (ppkt 12.3);
- Cena określona przez Wykonawcę w ofercie nie będzie podlegała waloryzacji w okresie realizacji przedmiotu zamówienia (ppkt 12.4).

W formularzu oferty (Rozdział II SIWZ) w punkcie 3 należało podać kwotę netto, kwotę podatku VAT w wysokości 23% oraz kwotę brutto z podatkiem VAT w wysokości 23%.

Zgodnie z punktem 17 SIWZ, jako kryteria oceny ofert przyjęto: cenę (90%) i wydanie opracowania (10%) – ppkt 17.1. Kryterium cena będzie rozpatrywane na podstawie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, podanej przez Wykonawcę w Formularzu oferty (ppkt 17.2).

W § 2 projektu umowy (Tom II SIWZ) Zamawiający wprowadził m.in. następujące postanowienia dotyczące wynagrodzenia wykonawcy:

- określenie maksymalnego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy w rozbiciu na cenę za wykonanie badań oraz za wykonanie opracowania wyników (ust. 1);
- Rozliczenie za wykonane prace nastąpi w oparciu o szczegółową kalkulację powynikową zgodnie z zasadami określonymi w załączniku nr 2 do umowy (ust. 2);
- Termin płatności prawidłowo wystawionej faktury VAT – 30 dni od dnia jej otrzymania przez Zamawiającego. Warunkiem wystawienia faktury VAT jest podpisanie protokołu odbioru przez Strony bez zastrzeżeń oraz zatwierdzenie protokołu przez Dyrektora Oddziału (ust. 6).

Termin wykonania przedmiotu umowy ustalony został w § 3 ust. 1 projektu umowy na 366 dni od dnia zawarcia umowy. Natomiast w punkcie 7 SIWZ, jako termin realizacji przedmiotu zamówienia podano 30 września 2018 r.

Zgodnie z § 8 projektu umowy, odbiór częściowy/końcowy badań rozpocznie się w terminie nie później niż 60 licząc od dnia pisemnego zgłoszenia Zamawiającemu przez Wykonawcę gotowości do odbioru badań (ust. 2). Badania objęte umową będą rozliczane w okresach nie częstszych niż 30 dni, na podstawie prawidłowo wystawionych przez Wykonawcę faktur częściowych, których to suma każdej z nich nie przekroczy 80% wynagrodzenia, jakie należy się Wykonawcy za prace, które zostały objęte protokołem odbioru badań (ust. 9).

Przystępujący złożył ofertę z ceną 1.105.649,53 zł – taka wartość została wpisana w formularzu oferty oraz w kosztorysie ofertowym w rubryce *Ogółem wartość netto*. W rubryce *podatek VAT* Przystępujący wpisał *zw*, w rubryce *Ogółem wartość brutto* 1.105.649,53 zł.

W dniu 8 lutego 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień zapisów zawartych w załączonym do oferty „Kosztorysie ofertowym” i wynikającego z niego zapisu w Formularzu oferty dotyczącego podatku VAT. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia podstawy stwierdzenia o zwolnieniu od podatku VAT.

W piśmie z dnia 15 lutego 2016 r. Fundacja wyjaśniła, że: *na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2014 r. o podatku od towarów i usług zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, których wartość sprzedaży nie przekroczyła w minionym roku podatkowym kwoty 150.000 zł. Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego Dolnego Śląska spełnia ten warunek i przysługuje jej zwolnienie od podatku VAT, dlatego w naszej ofercie zapisano „zwolniony” z podatku VAT w Kosztorysie ofertowym oraz*

w Formularzu oferty. Oświadczamy także, że w razie przekroczenia przez Fundację kwoty uprawniającej do zwolnienia z podatku VAT podczas realizacji zamówienia i pojawienia się konieczności jego uregulowania, Fundacja dopełni tego obowiązku.

Oferta Fundacji otrzymała 90 punktów w kryterium cena i 10 punktów w kryterium wykonania broszury informacyjnej i została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej nieuzyskaniu zamówienia. Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego o braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. Stanowisko to Zamawiający oparł na twierdzeniu, że nawet w przypadku doliczenia podatku VAT w wysokości 23% do ceny oferty Przystępującego, oferta ta nadal będzie korzystniejsza od oferty Odwołującego. Odnosząc się do tego stanowiska podkreślić należy, że zarzuty odwołania skierowane były wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, a żądania zmierzały do nakazania Zamawiającemu odrzucenia tej oferty, nie zaś do poprawienia jej ceny. Tym samym Odwołujący miał interes we wniesieniu odwołania i w wyniku bezprawności zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego mógł ponieść szkodę – nie uzyskałby bowiem zamówienia, które w przypadku braku zarzuconego zaniechania po stronie Zamawiającego mógłby uzyskać.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek poprawienia omyłki.

W ocenie Izby oferta Przystępującego zawierała błąd w obliczeniu ceny, polegający na nieprawidłowym powołaniu się na zwolnienie od podatku od towarów i usług w odniesieniu do całej ceny oferty.

Zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150.000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku. Art. 113 ust. 5 ww. ustawy stanowi, że jeżeli wartość sprzedaży zwolnionej od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w ust. 1, zwolnienie traci moc począwszy od czynności, którą przekroczone tę kwotę. Biorąc pod uwagę, że Przystępujący złożył ofertę z ceną 1.105.649,53 zł, należy stwierdzić, że bezpodstawnie powołał się na zwolnienie przewidziane w art. 113 ust. 1 ww. ustawy, wartość złożonej oferty przewyższa bowiem ponad siedmiokrotnie kwotę uprawniającą do zwolnienia. Kalkulując cenę oferty Przystępujący powinien brać pod uwagę uprawnienie do skorzystania ze zwolnienia w czasie wykonywania zamówienia i uzyskiwania z tego tytułu dochodów (wtedy bowiem powstanie obowiązek podatkowy bądź przesłanki do skorzystania ze zwolnienia), nie zaś w dacie składania ofert. Zważywszy że termin realizacji przedmiotowego zamówienia został w projekcie umowy określony na 366 dni, brak jest jakichkolwiek racjonalnych przesłanek do twierdzenia, że Przystępujący nie uzyska – choćby tylko z tytułu realizacji niniejszej umowy – kwoty przekraczającej w jednym roku podatkowym ustawowego progu uprawniającego do skorzystania ze zwolnienia.

Powyższej oceny nie zmienia fakt, że – jak stwierdził Przystępujący – cena oferty określa wynagrodzenie maksymalne, które z dużym prawdopodobieństwem nie zostanie w całości wypłacone. Po pierwsze stwierdzić należy, że zaoferowana cena na tyle znacznie przekracza limit uprawniający do zwolnienia z podatku VAT, że nawet uzyskanie niższego dochodu w wyniku zrealizowania mniejszego zakresu prac spowoduje utratę prawa do zwolnienia. Po drugie – wobec faktu, że Zamawiający wymagał podania ceny oferty określającej maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, która podlegała ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, to przy uwzględnieniu tej właśnie wartości wykonawca powinien ocenić możliwość korzystania ze zwolnienia od podatku, bez względu na to, czy zakłada, że zamówienie zostanie wykonane w całym, czy też w niepełnym zakresie.

Za nieuprawnione Izba uznała twierdzenia Przystępującego, że w związku z możliwością częściowych rozliczeń przedmiotu zamówienia dochody z tego tytułu rozłożą się w czasie w ten sposób, że w kolejnych latach podatkowych limit uprawniający do zwolnienia z VAT nie zostanie przekroczony. Należy bowiem wskazać, że termin realizacji zamówienia został we wzorze umowy określony na 366 dni od dnia zawarcia umowy, nie ma zatem możliwości takiego rozłożenia wypłat wynagrodzenia, aby wykonawca w jednym roku podatkowym nie uzyskał dochodu wyższego niż 150.000 zł. Nieuprawnione było również powołanie się przez Odwołującego na termin wykonania zamówienia określony w SIWZ, tj. 30 września 2018 r., należy bowiem stwierdzić, że strony przyszłej umowy będą związane

terminem określonym w § 3 ust. 1 tej umowy. Niezależnie jednak od powyższego, nawet gdyby uznać, że zamówienie będzie realizowane do 30 września 2018 r., ze względu na cenę oferty wynoszącą ponad 1 mln zł nieuprawnione jest twierdzenie, że próg 150.000 zł nie zostałby przekroczony w żadnym z kolejnych lat podatkowych. Dodatkowo wskazać należy, że Przystępujący może uzyskiwać dochody także z innych źródeł, w tym z realizacji innych zamówień publicznych (Przystępujący przyznał, że jest w trakcie realizacji innego zamówienia publicznego oraz że ubiega się o kolejne), które to dochody będą podlegać zsumowaniu z dochodami uzyskanymi z realizacji niniejszego zamówienia, co powoduje, że teza o możliwości skorzystania ze zwolnienia od podatku VAT w odniesieniu do całej wartości oferty jest tym bardziej nieuprawniona.

O prawidłowości oferty Przystępującego nie może świadczyć przedstawiona w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach (i podtrzymana na rozprawie) deklaracja, że w razie przekroczenia kwoty uprawniającej do zwolnienia z podatku VAT podczas realizacji zamówienia i pojawienia się konieczności jego uregulowania, Przystępujący dopełni tego obowiązku. Obowiązek taki powinien być wzięty pod uwagę już przy kalkulacji ceny oferty, która podlega badaniu przez Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający żąda od wykonawców podania w ofercie wartości netto, kwoty podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto, to wykonawca nie może zaniechać podania tych informacji, twierdząc, że bierze na siebie ryzyko ewentualnej zapłaty podatku VAT z uzyskanego wynagrodzenia. Dopuszczenie takiej możliwości prowadziłoby do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu (oferta wykonawcy, który prawidłowo określił udział podatku VAT w cenie oferty byłaby porównywana z ofertą wykonawcy, który takiego podatku w cenie nie uwzględnił, a będzie musiał go zapłacić), a także do utrudnienia oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Poza deklaracją o zapłacie podatku VAT w razie powstania takiego obowiązku (która z opisanych wyżej powodów nie może stanowić o prawidłowości oferty) Przystępujący nie podał w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu ani podczas rozprawy żadnego racjonalnego wytłumaczenia dla oczywistej rozbieżności pomiędzy deklarowanym zwolnieniem podmiotowym a wykraczającą ponad jego limit ceną oferty.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Błąd ten – w ocenie Izby – nie podlegał poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przepis ten pozwala bowiem jedynie na poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych, tj. omyłek polegających wyłącznie na błędnym przeprowadzeniu działań arytmetycznych, dostrzegalnych „na pierwszy rzut oka” i niepozostawiających żadnych wątpliwości co do prawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Uwzględnienie w cenie oferty podatku VAT i jego wysokość wynika z okoliczności o charakterze merytorycznym i w żaden sposób nie może być uznana za oczywistą omyłkę rachunkową.

Błąd w ofercie Przystępującego nie podlegał również poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z treścią SIWZ i niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy podstaw do poprawienia omyłki na tej podstawie nie można wywieść z uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11). W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy wskazał na możliwość poprawienia stawki podatku VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający określił tę stawkę w SIWZ. Wskazaną przez Sąd Najwyższy możliwość należy bowiem odnieść do błędnego określenia właściwej dla wszystkich wykonawców stawki podatku VAT (tj. przyjęcia do obliczenia ceny stawki preferencyjnej w sytuacji, gdy właściwa jest stawka podstawowa bądź odwrotnie). W niniejszej sprawie, mimo wskazania przez Zamawiającego w formularzu oferty na stawkę 23%, brak jest podstaw do poprawienia oferty Przystępującego, bowiem błąd w jego ofercie nie polega na przyjęciu niewłaściwej stawki podatku, ale na powołaniu się na zwolnienie, do którego uprawniają występujące indywidualnie po stronie wykonawcy okoliczności, jemu tylko wiadome. Dodatkowo wskazać należy, że powołanie się przez Przystępującego na to zwolnienie trudno uznać za omyłkę, stanowisko Przystępującego, w tym złożone przez niego wyjaśnienia, świadczą bowiem o tym, że było to działanie świadome, a wykonawca liczył się z koniecznością powstania obowiązku zapłaty podatku od towarów i usług.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego o zasadności odrzucenia oferty Przystępującego również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Oceniając ten zarzut Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący nie wykazał, aby niezasadne powoływanie się na zwolnienie od podatku VAT było szerzej stosowaną przez Przystępującego praktyką. Okolicznością przyznaną przez Przystępującego jest fakt, że we wcześniej prowadzonym postępowaniu przez GDDKiA w Opolu wykonawca również powołał się na to zwolnienie, Odwołujący jednak nie podjął nawet próby udowodnienia, że było to nieuprawnione. Z kolei w postępowaniu prowadzonym obecnie przez GDDKiA w Opolu Przystępujący uwzględnił w cenie oferty podatek VAT. W ocenie Izby, przy rozpatrywaniu zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy brać pod uwagę stopień natężenia działań wykonawcy, w tym uczynienie z błędnego określania ceny oferty, szerszej praktyki szkodzącej innym przedsiębiorcom. Czynem nieuczciwej konkurencji jest bowiem zachowanie odpowiadające warunkom określonym w ww. przepisie, istotne z punktu widzenia konkurencji. Fakt jednorazowego działania wykonawcy, bez wykazania jego wpływu na zachowanie konkurencji, nie jest wystarczający do stwierdzenia czynu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ww. ustawy. Sam fakt

błędnego zaniżenia ceny o wartość podatku VAT stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Skoro ustawodawca przewidział samodzielną przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny (który często w konsekwencji prowadzi do zaniżenia ceny), to – przy braku wykazania szkodzącej konkurencji praktyki wykonawcy – wystarczające jest zastosowanie tej przesłanki jako odrzucenia oferty.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a i b 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).

Przewodniczący: