

Sygn. akt KIO 106/11

WYROK
z dnia 1 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Kamińskiego-Kwiecień** prowadzącego **działalność gospodarczą pod firmą Jacek Kamiński-Kwiecień Zakład Instalacji Elektrycznej i Odgromowej – Pomiarów, 57-320 Polanica Zdrój, ul. Bystrzycka 71** od czynności zamawiającego – **Gminy Szczytna, 57-330 Szczytna, ul. Wolności 42/13**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Szczytna, 57-330 Szczytna, ul. Wolności 42/13 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Jacka Kamińskiego-Kwiecień prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Jacek Kamiński-Kwiecień Zakład Instalacji Elektrycznej i Odgromowej – Pomiary, 57-320 Polanica Zdrój, ul. Bystrzycka 71**

- 2) dokonać wpłaty przez **Gminę Szczytna, 57-330 Szczytna, ul. Wolności 42/13** na rzecz **Jacka Kamińskiego-Kwiecień prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Jacek Kamiński-Kwiecień Zakład Instalacji Elektrycznej i Odgromowej – Pomiary, 57-320 Polanica Zdrój, ul. Bystrzycka 71** kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Szczytna – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Prowadzenie bieżącej eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Szczytna*.

W dniu 18 stycznia 2011 r. wykonawca – Jacek Kamiński-Kwiecień, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Jacek Kamiński-Kwiecień Zakład Instalacji Elektrycznej i Odgromowej – Pomiarów – wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, z zaniechaniem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z powodu odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego odrzucenie jego oferty było niezasadne, a co za tym idzie – Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia wymaganych oświadczeń i dokumentów.

Odwołujący wskazał, że w ocenie Zamawiającego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny.

W odniesieniu do ww. podstawy odrzucenia oferty Odwołujący wskazał, że we wzorze formularza ofertowego, stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie 1 Zamawiający wpisał stawkę VAT 23%. Odwołujący podniósł, że składając ofertę w dniu 31 grudnia 2010 r. uprawniony był do wliczenia do niej podatku VAT należnego od tej usługi w dacie sporządzania oferty. Zatem Odwołujący, stosując obowiązującą stawkę w wysokości 22%, prawidłowo podał zarówno kwotę podatku (2,75 zł), jak i cenę brutto (15,25 zł). Odwołujący nie przekreślił wpisanej przez Zamawiającego nieprawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 23% i tę omyłkę Zamawiający powinien – zdaniem Odwołującego – poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale XVI SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny* w pkt 1 Zamawiający podał, iż *cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania (tj. brutto), musi być podana w PLN cyfrowo i słownie i ma charakter ryczałtowy*. Zatem dla Zamawiającego nie miała znaczenia ani stawka podatku VAT, ani wartość tego podatku, albowiem przy cenie ryczałtowej Zamawiający w ogóle nie jest zobowiązany do badania sposobu obliczenia ceny ryczałtowej. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku występowania

ceny ryczałtowej zawsze zobowiązany jest przyjąć, że cena ryczałtowa brutto jest prawidłowa, bez względu na sposób jej obliczenia.

Powołując się na orzecznictwo KIO Odwołujący podniósł, że kwalifikując do oceny wyłącznie cenę z podatkiem VAT (wartość brutto) za wykonanie zamówienia, Zamawiający pozostawia wykonawcy kwestię przyjęcia prawidłowej stawki podatku VAT, który to wykonawca ponosi wyłączne ryzyko przed organami skarbowymi (sygn. akt: KIO/UZP 1405/10), a jedynym organem uprawnionym do interpretacji przepisów prawa podatkowego jest Minister Finansów, natomiast prawidłowość interpretacji podlega ocenie sądu administracyjnego.

Odwołujący podniósł, że przy kalkulacji ceny ofertowej miał uprawnienia do zastosowania 22% stawki podatku VAT. Ponieważ przedmiot zamówienia będzie realizowany w 2011 r., to obowiązująca pozostanie cena ryczałtowa brutto, natomiast przy rozliczeniach Odwołujący będzie stosował stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Omyłkę wynikającą z zaniechania modyfikacji treści formularza ofertowego, poprzez zmianę stawki wpisanej przez Zamawiającego (23%) na prawidłową (22%), Zamawiający zobowiązany jest – zdaniem Odwołującego – poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert wniesionych w przedmiotowym postępowaniu oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że błędne podanie podatki VAT stanowi niepodlegający poprawieniu błąd w obliczeniu ceny.

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

W rozdziale XVI pkt 1 SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny* Zamawiający podał: *Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania (tj. brutto), musi być podana w PLN cyfrowo i słownie i ma charakter ryczałtowy. Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane w wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. W powyższym punkcie SIWZ nie zamieszczono wytycznych dotyczących sposobu obliczenia ceny, nie wskazano też stawki podatku od towarów i usług właściwej dla przedmiotu zamówienia.*

W opracowanym przez Zamawiającego wzorze formularza oferty (stanowiącym część specyfikacji), w pkt 1 zamieszczono wymóg podania ceny brutto za jeden nie zmodernizowany punkt świetlny, w tym kwoty podatku VAT wg stawki 23%.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 31 grudnia 2010 r., a więc przed wejściem w życie ustawy z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. z dnia 17 grudnia 2010 r. Nr 238, poz. 1578), której art. 19 pkt 5 wprowadził od dnia 1 stycznia 2011 r. podwyższoną stawkę podstawową podatku od towarów i usług (23%) .

Odwołujący złożył ofertę o treści punktu 1: *Oferujemy realizację całego zakresu prac objętych zamówieniem za cenę brutto w wysokości 15,25 zł za jeden nie zmodernizowany punkt świetlny, w tym podatek VAT w wysokości 23% w wielkości 2,75 zł. Z powyższego wynika, że wysokość podatku VAT (2,75 zł) została wskazana z uwzględnieniem stawki 22%.*

W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, informując, że nie skorzystał z procedury określonej art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp ze względu na fakt, że oferta *podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy (...), tj. zawiera błędy w obliczeniu ceny. (...)* Zdaniem Zamawiającego, błąd ten nie stanowił oczywistej omyłki rachunkowej, podlegającej poprawieniu, bowiem *Zamawiający nie jest w stanie określić, czy omyłka rachunkowa dotyczy podanej przez wykonawcę kwoty 23% podatku VAT, czy kwoty brutto, która przy 23% podatku VAT w wysokości 2,75 zł powinna wynosić 14,72 zł brutto za jeden punkt świetlny, a nie 15,25 zł jak podał Wykonawca.*

Ponadto Zamawiający wskazał, że nie mógł skorzystać z procedury wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ *żądanie wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie określenia prawidłowej ceny brutto i kwoty 23% podatku VAT będzie potraktowane przez Wykonawcę, który złożył ofertę nr 1 jak negocjacje w celu ustalenia ceny wykonywania przedmiotu zamówienia.*

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone 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 spowoduje poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

W przedmiotowej sprawie poza sporem jest kwestia, czy wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotem sporu jest dokonana przez Zamawiającego ocena oferty jako podlegającej odrzuceniu ze względu na błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji zaniechanie zastosowania procedury uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W świetle stanowisk stron istotą sporu jest kwestia, czy wskazanie w ofercie kwoty podatku VAT obliczonej wg stawki obowiązującej w dacie złożenia oferty, mimo że we wzorze formularza oferty Zamawiający wpisał stawkę, która będzie obowiązywać w czasie realizacji zamówienia, stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jest to więc nie tyle spór o rodzaj stawki podatku (nie ma bowiem wątpliwości co do tego, że dla przedmiotu zamówienia zarówno w dacie składania ofert, jak i w czasie wykonywania umowy, właściwa jest stawka podstawowa), co o wysokość podatku uwzględnionego w ofercie w sytuacji zmiany stanu prawnego pomiędzy jej złożeniem a wykonaniem umowy.

Dla rozstrzygnięcia sprawy niezbędne jest ustalenie, czy uwzględniony w cenie ofertowej podatek od towarów i usług może stanowić błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby na tak postanowione pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Po przeanalizowaniu okoliczności sprawy, z uwzględnieniem argumentacji, które legły u podstaw wcześniejszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do analogicznego zagadnienia prawnego, Izba doszła do przekonania (podzielając tym samym stanowisko wyrażone m.in. w wyrokach KIO 1053/10, KIO 1280/10, KIO 1667/10, KIO 1779/10, KIO 2194/10, KIO 2326/10, KIO 2746/10), że uwzględniona w cenie ofertowej stawka podatku VAT nie stanowi błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Mimo że spór występujący w przedmiotowej sprawie nie jest typowym sporem co do wysokości opodatkowania, ale jak wskazano powyżej – wynika ze zmiany przepisów, na gruncie tego stanu faktycznego pozostają aktualne tezy wyrażone w przywołanych wyżej wyrokach KIO, w myśl których kwestia stawki podatku VAT nie przesądza o wystąpieniu błędu w obliczeniu ceny.

W świetle przywołanego wyżej orzecznictwa, 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 (nieuprawnionej – w ocenie Izby) wykładni tego przepisu, prowadzącej do utożsamienia błędu w obliczeniu ceny ze

wskazaniem określonej wysokości podatku VAT uwzględnionego w cenie ofertowej. W wyrokach tych podkreśla się, że naliczenie i odprowadzenie podatku VAT obciąża wykonawcę jako podatnika (wystawcę faktury VAT) i to on ponosi ryzyko i pełną odpowiedzialność z tego tytułu, w tym odpowiedzialność karnoskarbową. Powyższe wynika z treści przepisu art. 103 oraz 106 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.)

Podkreślenia wymaga, że uwzględniona w ofercie stawka czy kwota podatku VAT nie wpływa w żaden sposób na porównywalność ofert, na wynik ich oceny (może mieć jedynie znaczenie przy ewentualnej analizie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, co jednak nie dotyczy przedmiotowej sprawy) ani na ponoszone przez Zamawiającego koszty realizacji zamówienia. Zamawiający dokonując oceny ofert bierze pod uwagę ceny ofertowe brutto, a więc wykonawca nie może – posługując się określoną stawką podatku – wpłynąć na swoją pozycję w rankingu ofert. Zatem fakt uwzględnienia określonej stawki przy wskazaniu w ofercie wysokości podatku od towarów i usług nie ma wpływu na zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej, zaoferowana cena brutto wiąże wykonawcę i pozostaje niezmienna w toku realizacji zamówienia, niezależnie od zmian przepisów podatkowych w okresie między złożeniem oferty a realizacją zamówienia oraz od rozliczeń wykonawcy z organami podatkowymi, nie stwarza więc żadnego ryzyka po stronie Zamawiającego.

Podkreślić należy, że nie tylko przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiających do weryfikowania wysokości podatku uwzględnionego w ofercie. 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). Z kolei w wyroku KIO 1280/10 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, nawiązując do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006r., w sprawie o sygn. III CZP 54/06, że *podatek od towarów i usług jest elementem ceny, tym samym zastosowanie właściwej stawki podatku objęte jest sferą dyspozytywności wykonawcy. W związku z tym należy przyjąć, że cena podlega kontroli zamawiającego tylko w takim zakresie jaki wynika wprost z przepisów prawa. (...) cena, w skład której wchodzi przecież podatek od towarów i usług (kwota tego podatku ustalona w wyniku zastosowania właściwej stawki) jest kategorią*

w pełni umowną, podlegającą dyspozycji wykonawcy, który składa ofertę i na rzecz którego będzie dokonywana zapłata za wykonanie zamówienia. Wniosek powyższy znajduje wprost umocowanie w brzmieniu art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie którymi do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, oraz że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Na odrębność zobowiązań podatkowych od treści stosunków cywilnoprawnych wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie o sygn. III RN 170/01, w którym stwierdził, że *zobowiązanie podatkowe ma charakter publiczno-prawny, a nie cywilnoprawny i dlatego zarówno obowiązku podatkowego, jak i odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe nie można wyprowadzać z postanowień umowy cywilnoprawnej.* Podobnie wskazał w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 maja 1999r. w sprawie III SA 5036/98, Naczelny Sąd Administracyjny: *treść umowy cywilnoprawnej ma skutek wyłącznie pomiędzy stronami tej umowy i nie może modyfikować treści obowiązku podatkowego, który jest stosunkiem administracyjnoprawnym między poszczególnymi podatnikami a budżetem państwa i kształtowany jest bezpośrednio przez normy prawa podatkowego.*

Niezależnie od powyższego zaznaczyć należy, że przy ustalaniu ceny ofertowej nie ma miejsca stosowanie przepisów podatkowych w znaczeniu obliczenia wysokości zobowiązania podatkowego. Złożenie oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne nie prowadzi bowiem do powstania obowiązku podatkowego wykonawcy – obowiązek ten co do zasady powstaje z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi (art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.). Wykonawca zobowiązany jest więc do zastosowania prawidłowej (wynikającej z przepisów powszechnie obowiązujących) stawki podatku VAT w wystawionej fakturze. Nie oznacza to, że stosuje określoną stawkę w ofercie, w której jedynie oświadcza, iż cena ofertowa uwzględnia podatek od towarów i usług, a wysokość tego podatku ma charakter informacyjny.

Skład orzekający wskazuje ponadto, że za słusznością prezentowanego stanowiska przemawia definicja ceny zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, do której odsyła Pzp w art. 2 pkt 1. Według tej definicji – cena, to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2746/10, *powołana definicja nie nakłada na adresatów ustawy o cenach jakichkolwiek*

obowiązków związanych ze sposobem obliczenia ceny. Przepis określa jedynie w jakim znaczeniu terminem tym posługuje się ustawa o cenach oraz oznacza, że w przypadku braku odmiennego ukształtowania stosunku umownego przez strony, w cenie, wskazanej jako zapłata na rzecz wykonującego świadczenie niepieniężne przedsiębiorcy, zawiera się podatek od wartości dodanej. Użyty w definicji ceny zwrot „uwzględnia się” nie oznacza, iż podatek od towarów i usług, i w jakiej wysokości, uwzględnić ma faktycznie sprzedawca. Oznacza natomiast, iż podatek taki w określonych zakresie normowania przypadkach uznaje się za wliczony w cenę (w wynikającej z obowiązujących przepisów wysokości).

Istotne jest, że postępowanie o zamówienie publiczne zmierza do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego (zawarcie umowy o dostawy, usługi lub roboty budowlane), a cena ofertowa jest elementem oświadczenia woli podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Uwzględniony w cenie podatek VAT jest tylko jednym z wielu elementów ceny, a ustalenia jego wysokości w ofercie – jako niewiążącego z prawnopodatkowego punktu widzenia – nie można oceniać w kategoriach błędu.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w postępowaniach o zamówienia publiczne brak jest podstaw (wynikających zarówno z literalnego brzmienia przepisów, jak i z wykładni celowościowej) do przypisania Zamawiającemu obowiązku bądź uprawnienia do weryfikacji wysokości przyszłych zobowiązań prawnopodatkowych wykonawców. Niecelowe jest również dokonywanie takiej weryfikacji przez organy orzekające, jako że niezależnie od jej wyników, brak będzie podstaw do odrzucenia oferty, a w konsekwencji brak wpływu na przebieg i wynik postępowania o zamówienie publiczne. Przyjęcie takiego stanowiska nie tylko pozwala uniknąć negatywnych skutków dla pewności i bezpieczeństwa prowadzenia działalności gospodarczej, ale jest spójne z obowiązującym systemem prawnym, przypisującym poszczególnym podmiotom określone kompetencje i odpowiedzialność. Stanowisko odmienne jest nie tylko niecelowe, nie służy bowiem ani ochronie interesów Zamawiającego, 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.

Stanowiska Izby, negującego możliwość odrzucenia oferty ze względu na stawkę lub wysokość określonego w niej podatku od towaru i usług, nie zmienia fakt, że we wzorze formularza oferty zamawiający wskazał stawkę 23%. Izba uznała, że przepisy nie dają zamawiającemu możliwości skutecznego zobowiązania wykonawcy do uwzględnienia w cenie ofertowej określonej stawki podatku VAT. Stawka ta bowiem dla każdego rodzaju towaru i usługi wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawowych, nie zaś z decyzji Zamawiającego, który nie ma mocy ani zobowiązywać wykonawców do uwzględnienia stawki (w jego ocenie) właściwej, ani też wiążąco rozstrzygać wątpliwości co

do prawidłowości tej stawki, a jego stanowisko w tym zakresie jest prawnie bezskuteczne. To samo dotyczy uprawnień zamawiającego do narzucenia wykonawcom uwzględnienia stawki podatku wynikającej z przyszłego, nieobowiązującego w dacie składania ofert, stanu prawnego (nawet jeśli zmiana ta jest pewna ze względu na jej ogłoszenie w Dzienniku Ustaw).

Jedyną podstawę prawną dla ustalenia przez zamawiającego właściwej stawki VAT i obliczenia kwoty podatku (dla potrzeb oceny ofert) ustawodawca sformułował w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp (wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów).

Zastrzec przy tym należy, iż powyższe stanowisko nie oznacza dopuszczenia jakiegokolwiek dowolności w rozliczeniach prawno-podatkowych wykonawcy. W chwili powstania obowiązku podatkowego wykonawca nie ma żadnej swobody w zastosowaniu stawki podatku VAT, zobligowany jest do przyjęcia stawki wynikającej w przepisów obowiązujących w dacie powstania obowiązku podatkowego.

W tym stanie rzeczy na marginesie jedynie można się odnieść do kwestii prawidłowości uwzględnienia w cenie ofertowej podatku od towarów i usług w wysokości 22%, jako że jej rozstrzygnięcie nie ma znaczenia dla oceny dopuszczalności odrzucenia oferty. W tym zakresie Izba nie dostrzegła żadnych argumentów przemawiających za jakąkolwiek wadliwością wskazania podatku VAT uwzględniającego stan prawny na dzień złożenia ofert. Wynagrodzenie wykonawcy wg przyszłej umowy, tożsame z ceną brutto wskazaną w ofercie, jest dla stron tej umowy wiążące niezależnie od późniejszych zmian stawek podatku VAT, które stanowią ryzyko wykonawcy.

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, nie odnosi się do wynikającej z przepisów prawa stawki podatku od towarów i usług, do której zastosowania (w momencie powstania obowiązku podatkowego) zobowiązany jest wykonawca będący podatnikiem i który ponosi konsekwencje z tego tytułu.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego nie była obarczona wadą uzasadniającą jej odrzucenie, zbędne jest więc również dokonywanie jakichkolwiek czynności zmierzających do jej poprawienia. Odwołujący pozostaje związany zaoferowaną ceną brutto, która jest niezależna od wysokości jego przyszłych zobowiązań podatkowych. W związku z powyższym nie zaistniała przesłanka zwalniająca Zamawiającego z zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2b 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:

.....

Członkowie:

.....

.....