

WYROK
z dnia 22 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, Ul. Flisa 2** od czynności zamawiającego **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, 07-410 Ostrołęka, Al. Jana Pawła II 120A.**

przy udziale **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o., EMKA Handel-Usługi Krzysztof Rdest, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przetargowego;**
- 2) dokonanie oceny ofert**

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, 07-410 Ostrołęka, Al. Jana Pawła II 120A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, Ul. Flisa 2;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych

zero groszy) przez **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, 07-410 Ostrołęka, Al. Jana Pawła II 120A** na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, Ul. Flisa 2** 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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr. J. Psarskiego w Ostrołęce prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 218-334418, w dniu 10 listopada 2010 r.

Zamawiający unieważnił w dniu 31 stycznia 2011 r. przedmiotowe postępowanie jako przesłankę unieważnienia wskazując przepisy art. 93 ust. 1 pkt 4 (cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) oraz 93 ust. 1 pkt 7 (postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego) Ustawy prawo zamówień publicznych.

Jedynym kryterium oceny ofert określonym przez Zamawiającego była cena. Za najkorzystniejszą uznana miała zostać oferta przedstawiająca najniższą wartość brutto usługi za

36 miesięcy.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 3 grudnia 2010 r. Zgodnie z art. 86 ust. 3 Ustawy Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 16 793 318,00 zł. W postępowaniu zostały złożone 3 oferty przez następujących Wykonawców:

- 1) ISS Facility Services Sp. z o.o. -cena oferty 16 276 677,76 zł (brutto);
- 2) Konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis EKO-Partner Sp. z o.o. Handel-Usługi Krzysztof Rdest - cena oferty 17 794 396,08 zł (brutto),
- 3) Konsorcjum Spółdzielnia Inwalidów Naprzód i MPO Sp. z o.o. - cena oferty 18 581 900,04 zł (brutto).

Odwołujący zwrócił uwagę, iż złożona przez niego oferta nie przewyższała kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający określił wysokość podatku VAT w formularzu ofertowym (Załącznik nr 3 do SIWZ) zgodnie ze stanem obowiązującym na dzień składania ofert. Ceny wszystkich ofert zostały wyliczone zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert przepisami podatkowymi.

W dniu 7 stycznia 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom pismo zawierające wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej w postępowaniu. W wezwaniu znalazła się informacja o nowelizacji przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (nowelizacja z dnia 29 października 2010 r.). Na mocy ustawy nowelizującej od 1 stycznia 2011 r. uległy zmianie przepisy w zakresie niektórych zwolnień podmiotowych z podatku VAT. Zamawiający poinformował, że według dotychczasowych przepisów zwolnieniu z VAT podlegały usługi w zakresie ochrony zdrowia, natomiast od 1 stycznia 2011 r. zwolnienie to dotyczy zakresu opieki medycznej, jeżeli jest to usługa związana m.in. z profilaktyką ratowaniem, poprawą oraz przywracaniem do zdrowia. Zwolnieniu podlegają usługi świadczone przez publiczne i niepubliczne Zakłady Opieki Zdrowotnej, a także m.in.: usługi świadczone przez lekarzy, pielęgniarki oraz pozostałe osoby wykonujące inne zawody medyczne. Zamawiający wskazał na opis przedmiotu zamówienia, który obejmuje częściowo usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane oraz zażądał od wszystkich Wykonawców udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy w terminie do dnia 11 stycznia 2011 r. i zadeklarowanie, czy są w świetle znowelizowanej ustawy o podatku od towarów i usług uprawnieni do stosowania zwolnienia z VAT w zakresie wymienionych powyżej usług, stanowiących część przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż fiskalne właściwości podmiotowe Wykonawców nie były określonymi przez Zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu na usługę sprzątnięcia. Zwolnienie podmiotowe z VAT nie ma również wpływu na jakość świadczonej usługi sprzątnięcia oraz usług

towarzyszących.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wykorzystał instytucję wyjaśnień treści oferty do uzyskania informacji o charakterze fiskalnym, a zatem w celu sprzecznym z Ustawą. Zamawiający postanowił ustalić, do której kategorii podmiotów zaliczyć poszczególnych wykonawców - czy do tych, którzy mogą korzystać z podmiotowego zwolnienia (Publiczne i Niepubliczne Zakłady Opieki Zdrowotnej) czy tych, dla których obowiązuje stawka podstawowa 23 %. Takie działanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, Zamawiający nie wymagał, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli szczególny status organizacyjny Zakładu Opieki Zdrowotnej w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej. Poinformował, że na dzień składania ofert nie miał statusu niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej.

Zwrócił także uwagę, iż zarówno Wykonawcy, jak i Zamawiający byli świadomi możliwości zmian stawek podatku VAT. Potwierdzają to konkretne zapisy SIWZ, m.in. Załącznik nr 10-zpp 40 do SIWZ, Projekt umowy, który przewiduje następujący zakres dopuszczalnych zmian umowy zgodnie z art. 144 Ustawy:

- 1) § 8 ust. 5 pkt 5 - „zmiana wysokości stawki podatku od towarów i usług (VAT) w terminie wynikającym z aktu prawnego wprowadzającego nową”
- 2) oraz § 8 ust. 5 pkt 6 - „zmiana wartości brutto umowy określona w § 8 ust. 5 pkt 5 i 6.

Również w pytaniach do SIWZ Wykonawcy sygnalizowali Zamawiającemu zbliżające się zmiany w przepisach dotyczących podatku od towarów i usług (VAT), prosząc o wyjaśnienie Zamawiającego w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego wszelkie elementy dotyczące oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający bada na dzień jej złożenia, w tym dniu powstaje też między Zamawiającym a Wykonawcą stosunek o charakterze zobowiązania wzajemnego manifestujący się po stronie Wykonawcy poprzez instytucję związania ofertą, a po stronie Zamawiającego koniecznością udzielenia zamówienia, jeśli Wykonawca i oferta przez niego złożona spełniają warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający powinien mieć na względzie dynamikę zmian systemu podatkowego i zachodzące w nim nieustająco korekty.

Podkreślił, iż zgodnie z jego wiedzą, „w Sejmie RP toczą się aktualnie zaawansowane prace legislacyjne dotyczące nowelizacji ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług, także w zakresie zwolnień podmiotowych dotyczących usług w zakresie ochrony zdrowia (w tym tzw. czynności przy łóżku chorego). Zgodnie z projektem ustawy o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy Prawo o miarach (druk sejmowy nr 3738), którego drugie czytanie odbyło się na posiedzeniu Sejmu w dniu 2 lutego 2011 r. przywrócone zostanie

zwolnienie z podatku VAT m.in. dla „czynności wykonywanych przy łóżku chorego”. W projekcie przewidziano powrót do dotychczasowego zwolnienia, co więcej ustawodawca postanowił, że zwolnienie może być stosowane ze skutkiem od początku roku 2011 r.”

Odwołujący podkreślił, że wyliczenie („przeliczenia”) ceny oferty i czynności następujące po przeliczeniu, w tym unieważnienie postępowania przez Zamawiającego jest wyłączną bezprawną inicjatywą Zamawiającego i stanowi podstawę naruszenia wymienionych w odwołaniu przepisów Ustawy.

Odwołujący zaznaczył także, iż informacja, że Odwołujący na dzień składania ofert nie miał statusu ZOZ, nie może być podstawą zmian w ofercie, w szczególności, że to podmiotowe ograniczenie nie ma potwierdzenia w treści SIWZ, nie jest to warunek udziału w postępowaniu.

Podkreślił, że w żaden sposób, ani w dorozumiany, ani wprost nie upoważnił Zamawiającego do zmiany ceny oferty złożonej przez Odwołującego w dniu 3 grudnia 2010 r. Odwołujący przyznał, iż nadal jest związany ofertą złożoną w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia na warunkach określonych w ofercie. Oferta Odwołującego była i jest nadal ofertą najkorzystniejszą zgodnie z definicją określoną w SIWZ.

Odwołujący zauważył, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zaczyna dominować pogląd, iż kwestie dotyczące dociekania stawek podatku VAT oraz prawidłowości ich stosowania dotyczą zobowiązań prawopodatkowych Wykonawców i wykraczają dalece poza zakres postępowania o udzielenie zamówienia i rolę w tych postępowaniach Zamawiających.

Odwołujący zaznaczył także, iż Zamawiający przewidział zmiany stawek VAT w umowie, a ekonomiczny interes Zamawiającego nie może niweczyć podstawowych zasad Ustawy oraz zaburzać uczciwej konkurencji poprzez faworyzowanie podmiotów uprzywilejowanych podatkowo.

W ocenie Odwołującego przesłanki unieważnienia postępowania, które przytoczył Zamawiający są bezzasadne przede wszystkim ze względu na brak rzeczywistej podstawy faktycznej, którą skutecznie niweczy planowane przywrócenie z mocą wsteczną od początku 2011 r. zwolnienia podmiotowego VAT na usługi składające się na przedmiot zamówienia.

W zakresie naruszenia przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4, Odwołujący zauważył, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, wykonawcy składając ofertę zobowiązani są obliczać podatek VAT wg zasad obowiązujących na dzień składania ofert.

Żaden przedsiębiorca nie jest w stanie przewidzieć jaka będzie wysokość podatku VAT w czasie trwania umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Nie jest w stanie również przewidzieć, czy dokonywane obecnie klasyfikacje podatkowe czynności objętych zamówieniem, będą wiążące w kolejnych miesiącach i latach. Tym samym rozsądny przedsiębiorca nie ma wiarygodnych przesłanek, aby składając ofertę ustalić jakie będą

możliwe zmiany kosztów świadczenia usługi w okresie trwania umowy. Odwołujący stoi na stanowisku, iż nie jest możliwe unieważnienie postępowania udowadniając, że od momentu podania podczas otwarcia ofert kwoty zamierzonej do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo ograniczyły możliwości finansowe zamawiającego. Podstawą do oceny jest wysokość ceny oferty Odwołującego. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 1 Ustawy cena oferty zawiera podatek od towarów usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli jego wartość jest płacona przez zamawiającego wykonawcy.

Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 86 ust. 3 Ustawy oraz art. 2 pkt 1 Ustawy, a także art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (dalej: „ustawa o cenach”), poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, iż nie zachodzi przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 4. Cena oferty najkorzystniejszej, która jest jednocześnie ofertą z najniższą ceną, nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zarzucił także naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez unieważnienia postępowania na podstawie tego przepisu i uznanie przez Zamawiającego, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na brak możliwości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty po dniu 1 stycznia 2011 r. według kryterium oceny ofert określonego w SIWZ. Zarzucił również naruszenie art. 87 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 3 oraz art. 7 Ustawy poprzez wezwanie wszystkich Wykonawców do wyjaśnienia treści oferty, podczas gdy żądanie Zamawiającego zawarte w wezwaniu dotyczyło informacji niezwiązanych z treścią oferty odnoszących się do sytuacji podmiotowej Wykonawców w zakresie zwolnień podmiotowych w podatku VAT, oraz naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy w związku z art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy poprzez zaniechanie czynności wyboru najkorzystniejszej na podstawie kryterium oceny ofert określonego w SIWZ, do czego Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy, w przypadku, gdy unieważnienie postępowania nastąpiło bez podstawy prawnej, a Zamawiający działałby ze świadomością braku podstaw unieważnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 11 lutego 2011 r. przystąpienie do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum Impel Clearing sp. z o.o., Hospital Serwis EKO- Partner sp. z o.o. Handel-Usługi Krzysztof Rdest. Odwołujący w trakcie posiedzenia zgłosił opozycję przeciwko przystąpieniu ww. Wykonawcy do niniejszego postępowania odwoławczego. Wskazał na okoliczność, iż

zgłaszający przystąpienie nie złożył samodzielnego odwołania. Termin zaś na złożenie odwołania w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 10 lutego 2011 rok. Przystąpienie zgłoszono w dniu 11 lutego 2011 roku. W umowie Konsorcjum w § 4 strony konsorcjum postanowiły, iż umowa konsorcjum wygasa po zakończeniu świadczenia usług konsorcjum na rzecz Zamawiającego lub w razie nie wybrania przez Zamawiającego oferty konsorcjum i nie składania przez konsorcjum środków odwoławczych od takiej decyzji zamawiającego lub ostatecznego rozstrzygnięcia wniesionych przez konsorcjum środków odwoławczych. Ponadto Odwołujący zarzucił zgłaszającemu przystąpienie brak interesu zgłaszającego przystąpienie w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Izba oddaliła opozycję na podstawie art. 185 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przed wszystkim Izba uznała, iż zgłaszający przystąpienie złożył ofertę, która nie podlegała odrzuceniu. Zatem w dalszym ciągu jest uczestnikiem postępowania i jako taki ma w dalszym ciągu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania, jednak od tej właśnie czynności wniesione zostało odwołanie. W przypadku, gdyby okazało się, iż czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego jest sprzeczna z obowiązującymi przepisami, zgłaszający przystąpienie w dalszym ciągu byłby uczestnikiem postępowania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył wniosek w niniejszym postępowaniu, tym samym należy rozumieć, iż oczekiwał uzyskania, a następnie realizacji, przedmiotowego zamówienia. Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego oznaczałoby dla Odwołującego brak możliwości uzyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym brak wymiernej korzyści. Brak uzyskania korzyści oznacza możliwość poniesienia szkody.

Zamawiający unieważnił niniejsze postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podał przed otwarciem ofert kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Kwota ta przewyższała kwotę brutto, jaką zaoferował Odwołujący w swojej ofercie, za realizację całości przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie może zatem unieważnić postępowania, skoro dysponuje kwotą, która pokrywa w całości wartość brutto oferty Wykonawcy składającego ofertę. Brak jest bowiem zarówno podstaw faktycznych, jak i prawnych do unieważnienia postępowania. Ocenie Zamawiającego podlega kwota brutto za realizację całości zamówienia zawarta w ofercie Wykonawcy, nie zaś kwota, którą Zamawiający sam kalkuluje. Takiej podstawy do swobodnej kalkulacji ceny przez Zamawiającego nie daje żaden przepis prawa. Nie umożliwia także przewidywana zmiana w przepisach prawa podatkowego. W szczególności przy umowach długoterminowych Zamawiający nie ma możliwości przewidzenia wszelkich zmian w zakresie wysokości stawek podatkowych czy zwolnień podatkowych, jakie mogą mieć miejsce na przestrzeni kilku lat obowiązywania umowy. Takiej możliwości nie mają także Wykonawcy. Dlatego podstawą do oceny ofert, przedstawienia ich w rankingu, a także do ustalenia, czy zaoferowana kwota brutto za realizację całości zamówienia mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć za realizację zamówienia, są ceny podane w dniu otwarcia ofert. To na tym etapie postępowania i wyłącznie w oparciu o zaoferowane przez Wykonawców kwoty brutto realizacji całości zamówienia Zamawiający może ocenić, czy kwota, jaką przeznaczył na realizację zamówienia, jest wystarczająca.

Zamawiający unieważnił niniejsze postępowanie przetargowe także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten stanowi, iż Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba zauważa, że przepis powyższy powinien być interpretowany ściśle, zgodnie z jego dyspozycją oraz znaczeniem użytych w nim pojęć.

Przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji łącznej dwóch okoliczności. Dopiero łączne wystąpienie okoliczności umożliwia/warunkuje jego zastosowanie.

Pierwsza przesłanka stanowi, iż postępowanie obarczone jest wadą, która musi mieć charakter nieusuwalny. Druga przesłanka stanowi, iż istniejąca wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

W niniejszej sprawie znamienym jest fakt, iż Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania przekazanym wykonawcom nie wskazał wady, którą miałyby być dotknięte postępowanie. Podczas rozprawy, dopiero po zabraniu głosu przez Przystępującego, jako wadę postępowania wskazał uchybienie polegające na braku zapisów we wzorze umowy (stanowiącym załącznik do SIWZ), które dopuszczałyby zmianę umowy w sytuacji zmiany w obowiązujących przepisach prawa podatkowego, w ten sposób, że w miejsce dotychczasowego zwolnienia podatkowego wprowadzona zostanie „zwykła” stawka podatku VAT. Zamawiający uznał, iż nie jest możliwa zmiana umowy, wprowadzająca zmiany uwzględniające zmiany w prawie podatkowym w powyższym zakresie, gdyż

prowadziłoby to do sprzeczności z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem powyższego podlega unieważnieniu.

Istotne jest również, że przepisy prawa, w tym prawa podatkowego, nie są niezmiennie. Fakt obowiązywania w dacie zawarcia umowy określonych uregulowań prawnych dotyczących zobowiązań podatkowych wykonawcy nie oznacza, że uregulowania te będą niezmiennie przez cały okres obowiązywania umowy. Co więcej, nie wszystkie zmiany prawa możliwe są do przewidzenia w chwili zawarcia umowy, zwłaszcza, jak w niniejszym przypadku, umowy długoterminowej. Zawsze więc może wystąpić sytuacja, gdy zakres zobowiązania wykonawcy określony w zawartej umowie będzie musiał ulec zmianie, a zmiana ta wymuszona będzie przez bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Konieczność dostosowania uregulowań umowy do zmienionych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa nie powoduje sam z siebie nieważności samej umowy.

Przepisy Kodeksu cywilnego, mające zastosowanie do umów o zamówienia publiczne, nie przewidują sankcji nieważności czynności prawnych w przypadku wystąpienia zmian o charakterze podatkowym, a strony tych czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. 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 obowiązek podatkowy, 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.

Tak więc fakt, iż Zamawiający nie przewidywał w umowie zmian w zakresie zwolnień podatkowych nie stanowi wady postępowania i nie wpływa na ważność zawieranej umowy, gdyż Zobowiązania o charakterze prawnopodatkowym nie wpływają na ważność zobowiązań cywilnoprawnych.

To Wykonawca jest odpowiedzialny względem organów podatkowych za odprowadzenie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego obliczonej kwoty podatku VAT.

Zwolnienie podatkowe, zastosowanie właściwej stawki podatku od towarów i usług to sfera bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego, która w żadnej mierze nie wynika z dyspozytywnych czynności stron czynności prawnych. Nie może zatem uprawnienia do skorzystania ze zwolnienia podatkowego kreować zamieszczenie w specyfikacji (formularzu ofertowym) odpowiednich postanowień o wysokości stawek lub o zwolnieniach podatkowych. Tym samym zasadnym jest wniosek, że wskazanie przez zamawiającego w formularzu ofertowym stawek VAT oraz zwolnień podatkowych w odniesieniu do odpowiednich usług mogło mieć znaczenie jedynie informacyjne wobec wykonawców; w tym mogło realizować cel porównywalności ofert, rozumiany jako ukształtowanie dla wszystkich wykonawców jednakowych warunków brzegowych, w jakich ich oferty zostaną złożone. Nie oznacza ono jednak, że takie zapisy formularza ofertowego mogą mieć charakter prawo kształtujący w zakresie prawa podatkowego.

Z treści umowy wynika, że zgodnie z § 4 ust. 1 umowy wartość przedmiotu umowy została zdefiniowana jako kwota brutto, bez wskazywania kwoty netto i stawki podatku. W podobny sposób określone zostało zgodnie z § 4 ust. 6 miesięczne wynagrodzenie, które również określone zostało wyłącznie w kwocie brutto.

Umowa nie dopuszcza zmiany kwoty wartości umowy (wyrażonej w kwocie brutto), ani też kwoty miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy (również wyrażonego w kwocie brutto) w jakimkolwiek innym przypadku niż zmiana stawki podatku VAT. W § 8 ust. 2 pkt 5 i 6 umowy Zamawiający dopuścił zmianę kwoty wynagrodzenia brutto w przypadku zmiany stawki podatku VAT. Jednakże zapis ten nie może być traktowany rozszerzająco i z całą pewnością nie dotyczy on sytuacji, w której Wykonawca dotychczas korzystający ze zwolnienia z podatku od towarów i usług, zwolnienie to traci. Zmiana stawki podatku oznacza bowiem, że zmieniła się stawka, która wcześniej obowiązywała. W przypadku zaś zwolnienia od podatku nie ma zastosowania żadna stawka podatku, nawet 0 procent, gdyż Wykonawca jest w całości z podatku zwolniony. W przypadku więc, gdy w trakcie realizowania umowy, zwolniony z podatku Wykonawca, z którym umowa została zawarta, utraciłby to zwolnienie, zobowiązany byłby w każdej kwocie swojego wynagrodzenia uwzględniać podatek VAT w wysokości obowiązującej w chwili powstania obowiązku podatkowego. Z uwagi na niezmiennosc zobowiązania ofertowego Wykonawcy, w chwili utraty zwolnienia od podatku VAT, Wykonawca taki powinien w ramach kwoty wynagrodzenia brutto (miesięcznej lub całkowitej) uwzględnić już podatek VAT, który powinien być naliczony w chwili powstania obowiązku podatkowego. Takie stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 lipca 2006 r. (III CZP 54/06, LEX nr 188835), w której stwierdził, iż „*podwyższenie z dniem 01 maja 2004 roku stawek podatku od towarów usług za roboty budowlane (...) nie uzasadnia – bez zmiany umowy zawartej przed dniem 01 maja 2004 r. – obowiązku zamawiającego*

zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki". W niniejszym postępowaniu nie jest możliwa zmiana umowy w przypadku utraty przez Wykonawcę zwolnienia od podatku (nie została taka zmiana przewidziana przez Zamawiającego w umowie). Zatem Zamawiający obowiązany jest do zapłaty kwoty brutto wynikającej z zawartej umowy.

Fakt, że Zamawiający nie przewidział procedury postępowania na wypadek utraty zwolnienia od podatku przez Wykonawcę, z którym miałyby być zawarta umowa nie oznacza, że umowa taka jest nieważna lub nie może zostać wykonana.

Zamawiający w treści umowy przewidział niezmienność kwoty netto względem formularza cenowego. Przewidział także niezmienność kwoty wynagrodzenia miesięcznego brutto. Zatem w ogóle nie przewidział możliwości zmiany wartości cenowych netto czy brutto w sytuacji gdy zmieniają się przepisy prawa podatkowego (z wyjątkiem sytuacji zmiany stawki podatku VAT). Zapisy umowy nie mogą mieć pierwszeństwa przed obowiązującymi przepisami prawa. Zatem w sytuacji utraty zwolnienia podatkowego, jedna z wartości wynagrodzenia – netto lub brutto musi ulec zmianie. Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 umowy, przedłużenie obowiązywania umowy możliwe jest w sytuacji, gdy nie została wykorzystana wartość umowy. Oznacza to, że obowiązująca strony jest wysokość wynagrodzenia brutto. Zgodnie bowiem z jednoznacznym brzmieniem § 4 ust. 1 umowy, wartość przedmiotu umowy została zdefiniowana wyłącznie jako kwota brutto. Podkreślenia wymaga fakt, iż dla porównania ofert przyjmuje się wartość brutto.

Zakaz z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy zmian umowy objętych wolą stron i na które strony mają wpływ.

Jak wynika z ustaleń Izby dokonanych w trakcie rozprawy, brak jest możliwości stwierdzenia, że Odwołujący korzysta ze zwolnienia od podatku od towarów i usług w zakresie usługi pomoc w opiece nad pacjentem od dnia 01 stycznia 2011 roku. Odwołujący korzystał z tego zwolnienia w chwili złożenia oferty i fakt korzystania ze zwolnienia uwzględniony był w cenie oferty tego Wykonawcy. Należy zauważyć, że nawet jeśli wykonawca nie korzysta ze zwolnienia od podatku w danym dniu, to okoliczność ta nie przesądza, że w chwili zawarcia umowy lub po zawarciu spełniać będzie przesłanki do objęcia go takim zwolnieniem. W szczególności należy zwrócić uwagę na argument podniesiony przez Odwołującego, iż możliwe jest wprowadzenie w najbliższym czasie regulacji prawnych umożliwiających ponownie zwolnienie od podatku VAT obejmującego podmioty, które nie są Zakładem Opieki Zdrowotnej.

Izba zauważa także, że nawet w przypadku, gdy w treści umowy o udzielenie zamówienia publicznego przewidziano możliwość dokonania zmian tej umowy, to okoliczność ta nie przesądza, że zmiana taka faktycznie zostanie dokonana, nawet w przypadku, gdy spełnione zostaną określone w umowie warunki dokonania zmiany umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest dwustronną czynnością prawną i do jej zmiany konieczne są zgodne oświadczenia woli obu stron umowy – zamawiającego i wykonawcy. Ani przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ani przepisy kodeksu cywilnego nie zawierają instrumentów prawnych, które wbrew woli jednej ze stron pozwalałyby na dokonanie zmian umowy – nawet w przypadkach, gdy określona zmiana umowy przewidziana została w jej treści. Zatem Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie jest w żaden sposób zobowiązany (a więc nawet pomimo zapisów §8 umowy) do dokonywania zmiany treści umowy w przypadku, gdy zmianie ulegnie stawka podatku VAT. Podkreślenia także wymaga fakt, iż Odwołujący w trakcie rozprawy wyrażał intencję wykonania umowy za wskazaną w ofercie kwotę brutto.

Na marginesie Izba zauważa, że czynności i oświadczenia Zamawiającego pozostają ze sobą w sprzeczności. Zamawiający twierdzi bowiem, że nie przewidywał w umowie możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów prawa podatkowego w zakresie zwolnienia podatkowego. Niezrozumiałym jest więc zachowanie Zamawiającego polegające na dokonywaniu szacowania wartości oferty Odwołującego, uwzględniające taką zmianę. Powyższe świadczy, iż Zamawiający nie jest konsekwentny zarówno w zakresie dokonywanych zapisów w umowie, jak również w podejmowanych działaniach i składanych oświadczeniach. Należy także stwierdzić, iż bezzasadne było wezwanie wykonawców do dokonywania ustaleń dotyczących informacji w zakresie zwolnienia z podatku VAT, które nie miały wpływu na wynik postępowania, nie odnosiły się także do warunków postawionych przez Zamawiającego w postępowaniu. Jeśli bowiem Zamawiający, zgodnie z jego oświadczeniami, nie przewidywał możliwości uwzględnienia takiej zmiany w umowie, wyjaśnianie sytuacji prawno podatkowej Wykonawcy było bezcelowe.

W świetle powyższych ustaleń należy stwierdzić, iż Zamawiający nie miał podstaw do dokonania unieważnienia postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....