

Sygn. akt: KIO 2010/11

**WYROK**  
z dnia 3 października 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „DERSŁAW” sp. z o.o. (lider), DGP DOZORBUD Grupa Polska sp. z o.o., ul. Ruszczajska 24; 28-230 Połaniec** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Solec Sp. z o.o., ul. Solec 93; 00-382 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Partner sp. z o.o. Spółka komandytowa, ul. Ślężna 118; 53-11 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „DERSŁAW” sp. z o.o. (lider), DGP DOZORBUD Grupa Polska sp. z o.o., ul. Ruszczajska 24; 28-230 Połaniec** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „DERSŁAW” sp. z o.o. (lider), DGP DOZORBUD Grupa Polska sp. z o.o., ul. Ruszczajska 24; 28-230 Połaniec** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „DERSŁAW” sp. z o.o. (lider), DGP DOZORBUD Grupa Polska sp. z o.o., ul. Ruszczajska 24; 28-230 Połaniec** na rzecz zamawiającego: **Szpital Solec Sp. z o.o., ul. Solec 93; 00-382 Warszawa** kwotę **385 zł 97 gr** (słownie: trzysta osiemdziesiąt pięć złotych i dziewięćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wykonania kserokopii dokumentacji postępowania.

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Solec Sp. z o.o., ul. Solec 93; 00-382 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „*Kompleksowe sprzątnie pomieszczeń Szpitala oraz Przychodni Przyszpitalnej wraz z czynnościami pomocniczymi wobec personelu medycznego*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2011 r. pod numerem 2011/S 107-175958.

Dnia 7 września 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Partner sp. z o.o. Spółka komandytowa, ul. Ślężna 118; 53-11 Wrocław (zwany dalej „Konsorcjum Impel”)

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „DERSŁAW” sp. z o.o. (lider), DGP DOZORBUD Grupa Polska sp. z o.o., ul. Rusczańska 24; 28-230 Połaniec (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 16 września 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum Impel i zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący, zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy w zakresie, w jakim zakłada podzielenie przedmiotu umowy na usługi opodatkowane według różnych stawek podatku VAT i związane z tym wystawianie dwóch faktur miesięcznych na rzecz Zamawiającego, jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel w sytuacji, gdy wykonawca ten zastosował niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT w celu wyliczenia ceny ofertowej,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel w sytuacji, gdy złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji polegający na celowym zniżeniu ceny ofertowej brutto poprzez przyjęcie, że znaczna część usług wykonywanych w ramach przedmiotu umowy stanowić będzie usługi zwolnione od podatku VAT, gdy usługi składające się na przedmiot umowy nie korzystają z tego zwolnienia, względnie jedynie niewielki zakres usług może zwolnieniu podlegać,

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel w sytuacji, gdy oferta ta, jako zmierzająca do obejścia prawa i sprzeczna z zasadami współzycia społecznego, jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 58 k.c.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

oraz

- dokonania ponownej oceny i badania oferty, odrzucenia oferty Konsorcjum Impel oraz wybór, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób w prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” w znaczeniu określonym przez ustawę Pzp i Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

1. W ocenie Odwołującego, Zamawiający postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wzoru umowy nakazał wykonawcom, po pierwsze podania zastosowanej przez nich przy obliczaniu ceny ofertowej stawki podatku VAT, po drugie zaś nie przewidywał możliwości zastosowania dwóch różnych stawek podatku VAT za świadczoną przez wykonawcę usługę. Zamawiający nie przewidział również możliwości rozbicia miesięcznie naliczanej ceny za świadczenie usługi na ceny jednostkowe naliczane odpowiednio za świadczenie „kompleksowej usługi sprzątnia” oraz „usług pomocniczych”. Cena jest określona w s.i.w.z., jako jedna kwota o charakterze ryczałtu, a wykonawca wystawiać ma Zamawiającemu jedną fakturę miesięcznie z tytułu świadczenia usługi, na co wskazuje zarówno treść oświadczenia wymaganego Formularzem oferty („Deklarujemy 30 dniowy termin płatności od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury”), jak również postanowienia wzoru

umowy, w tym § 4 ust. 1 umowy, gdzie stwierdza się, iż „płatność za wykonaną usługę zostanie uregulowana po zakończeniu miesiąca przelewem w terminie 30 dni od dnia akceptacji przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z opisem w książkę odbioru wykonania usług, potwierdzonym przez osoby upoważnione ze strony zamawiającego”. Konsorcjum Impel składając swoją ofertę oświadczyło, iż: „Cena ofertowa za wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia wynosi: Miesięcznie netto 102.556,00 zł Zw./23% VAT 3.538,18 zł Brutto 106.094,18 zł (słownie miesięcznie brutto sto sześć tysięcy dziewięćdziesiąt cztery złote 18/100). Całkowita cena oferty za okres realizacji zamówienia 33 miesięcy Netto 3.384.348,00 zł Zw./23% VAT 116.759,94 zł Brutto 3.501.107,94 zł (słownie brutto trzy miliony pięćset jeden tysięcy sto siedem złotych 94/100 groszy)”. W ocenie Odwołującego przyjęty przez Konsorcjum Impel sposób określenia cen ofertowej powoduje, iż oferta Konsorcjum Impel nie odpowiada treści s.i.w.z., a nadto jest niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa. Konsorcjom Impel dokonało podziału przedmiotu zamówienia na usługi objęte podstawową stawką podatku VAT i zwolnieniem nie precyzując jednak, jakie usługi zalicza do poszczególnych grup. Dokonanie takiego podziału, wobec jednoznacznych zapisów s.i.w.z. określających sposób liczenia ceny ofertowej, stanowi sprzeczność oferty Konsorcjum Impel z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2. O niezgodności oferty Konsorcjum Impel z treścią s.i.w.z. przesądza także okoliczność, iż Zamawiający w jednoznaczny sposób przesądził w s.i.w.z., że wykonawca będzie wystawiał miesięcznie jedną fakturę z tytułu świadczenia usługi (§ 4 ust. 1 wzoru umowy). Konsorcjum Impel złożyło wraz ze swoją ofertą umowę konsorcjum (str. 497 - 498), w której w § 5 konsorcjanci oświadczyli, iż: „Strony ustalają, iż wynagrodzenie należne Konsorcjum w przypadku zawarcia umowy z Zamawiającym, naliczane będzie w następujący sposób: 1) HOSPITAL SERWIS wystawiał będzie na rzecz Zamawiającego faktury za świadczenie usług objętych stawką podatku VAT w wysokości „zw”, 2) CLEANING wystawiał będzie na rzecz Zamawiającego faktury za pozostałe usługi świadczone w ramach umowy, o której mowa w § 1 ust. 2, zgodnie z zasadami określonymi w przedmiotowej umowie”. Konsorcjum Impel założyło więc, iż w toku wykonywania umowy będzie miesięcznie wystawiało co najmniej dwie faktury z tytułu świadczenia usługi (jak wynika z treści oferty zaoferowany ryczałt miesięczny zawsze obejmuje usługi zwolnione od podatku) - jedną za część ryczału będącą wynagrodzeniem za świadczenie usług objętych stawką podatku VAT 23%, drugą - za część ryczału jako wynagrodzenie za usługi zwolnione od podatku, i taki - niezgodny z zapisami SIWZ -sposób rozliczenia umowy zaoferowało w swojej ofercie.

3. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Obliczenie przez Konsorcjum Impel ceny ofertowej bez wskazania, jakie usługi objęte są podstawową stawką VAT, a jakie zwolnieniem, stanowi błąd w obliczeniu ceny. Konsorcjum Impel przy ustalaniu stawki podatkowej polegał na przyjęciu, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy możliwe było wydzielenie poszczególnych usług, jako samodzielnych podstaw do opodatkowania, nie zaś potraktowanie usługi zlecanej przez Zamawiającego, jako usługi kompleksowej opodatkowanej 23% stawką VAT. W niniejszej sprawie Zamawiający połączył świadczenie różnych usługi w ramach jednej umowy i określił przedmiot zamówienia, jako świadczenie kompleksowych usług sprzątnia pomieszczeń wraz z usługami pomocniczymi wobec personelu medycznego. Potraktowanie przez Zamawiającego zleczonych usług, jako jednej usługi kompleksowej ma daleko idące skutki na gruncie prawa podatkowego. Przy ustalaniu podstawy opodatkowania tzw. „świadczenia złożonego” należy brać pod uwagę całość świadczenia, bez sztucznego wyodrębniania z niego świadczeń cząstkowych. Zakaz dokonywania podziału świadczeń złożonych dla celów podatkowych wyraził także Minister Finansów m. in. w piśmie z 23 sierpnia 1996 r. (PP3-8217/1187/96 oraz PP3-8217/1134/94/MN) w odniesieniu do zasad opodatkowania robót budowlano-montażowych, stwierdzając, że brak jest podstaw do rozdzielania tego typu robót i zawsze należy traktować jako całość, a niejako poszczególne czynności składające się na tę usługę, podlegające opodatkowaniu według różnych stawek. Problem „świadczenia złożonego”, czy też „usługi kompleksowej” była także przedmiotem szeregu sporów rozstrzyganych przez ETS. W ocenie Odwołującego przyjęcie, że Konsorcjum Impel było uprawnione do dokonania podziału usługi, nie oznacza jeszcze, że usługi pomocnicze w stosunku do usług medycznych korzystają w stanie faktycznym niniejszej sprawy ze zwolnienia od podatku VAT. Zgodnie z przepisem art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług zwalnia się od podatku VAT usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza. Jednocześnie jednak przepis art. 43 ust. 17 a ustawy wprowadza zasadę, że zwolnienie, o którym mowa, ma zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe. Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy Odwołujący stwierdził, iż czynności higieniczne przy pacjencie (zmiana pampersów, mycie po zmianie pampersa, pomoc w toaletach), zmiana pozycji złożeniowej chorego, obracanie na boki, pomoc przy ułożeniu pacjenta na stole

operacyjnym, pomoc przy założeniu opatrunku gipsowego, a więc jedyne czynności wymienione w SIWZ mające jakikolwiek związek z świadczeniem przez Zamawiającego usługi w zakresie opieki medycznej, same w sobie usług takich nie stanowią. W konsekwencji mogą być one traktowane wyłącznie, jako czynności związane z czynnościami objętymi tym zwolnieniem podatkowym. Stosownie jednak do przepisu art. 43 ust. 17a ww. ustawy, podmioty wykonujące takie usługi związane z usługami medycznymi mogą korzystać ze zwolnienia tylko wtedy, gdy jednocześnie świadczą usługę podstawową- usługę opieki medycznej. Skoro więc w ramach umowy zawartej z Zamawiającym Konsorcjum Impel nie będzie świadczyło żadnych usług medycznych, a jedynie usługi porządkowe i inne usługi związane wprawdzie z usługami medycznymi, ale świadczonymi przez Zamawiającego (co podkreślił Zamawiający w SIWZ, wskazując, iż usługi te są pomocnicze w stosunku do personelu medycznego), to te usługi „związane” nie będą podlegały zwolnieniu na podstawie przywołanego powyżej przepisu. Konsorcjum Impel nie może również skorzystać ze zwolnienia wynikającego z przepisu art. 18 ust. 1 pkt 18 ww. ustawy. Zgodnie z tym przepisem zwolnione od podatku od towarów i usług są usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Stosownie do przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej „działalność lecznicza” polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, przy czym ustawa za „świadczenia zdrowotne” uznaje działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. podmiotami leczniczymi są wprawdzie, stosownie do art. 4 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej, przedsiębiorcy, ale wyłącznie w zakresie, w jakim wykonują działalność leczniczą. Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, iż żaden z podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum Impel, na dzień składania oferty, nie posiadał statusu podmiotu leczniczego w rozumieniu powyżej zacytowanych przepisów, co znajduje potwierdzenie w braku wpisu do właściwego rejestru. W tej sytuacji członkowie Konsorcjum Impel nie mogli i nadal nie mogą skorzystać ze wskazanego powyżej zwolnienia podatkowego z uwagi na brak cechy podmiotowej uprawniającej do korzystania ze zwolnienia podatkowego. Odwołujący podkreślił nadto, iż nawet w razie przyjęcia, iż Konsorcjum Impel przysługiwałoby w stanie faktycznym niniejszej sprawy zwolnienie od podatku VAT na podstawie jednego z powołanych powyżej przepisów, zwolnienie to nie mogłoby być stosowane na zasadzie przepisu art. 43 ust. 17 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług. Przepis ten stanowi, iż zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18,

18a, nie mają zastosowania do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, jeżeli ich głównym celem jest osiągnięcie dodatkowego dochodu przez podatnika, przez konkurencyjne wykonywanie tych czynności w stosunku do podatników niekorzystających z takiego zwolnienia. W niniejszej sprawie Odwołujący nie może skorzystać z żadnego z powołanych powyżej zwolnień od podatku VAT, a co za tym idzie, skorzystanie przez Konsorcjum Impel ze zwolnienia dawałoby mu uprzywilejowaną pozycję w każdym z postępowań o udzielenie takiego zamówienia.

4. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Konsorcjum Impel przyjmując, że przysługuje mu zwolnienie od podatku założyło również, że wynagrodzenie za wykonywanie usług zwolnionych od podatku VAT stanowić będzie 85% wartości całej usługi. Tymczasem jedyne usługi, które mogłyby ewentualnie zostać objęte zwolnieniem podatkowym, stanowią usługi pomocnicze w rozumieniu SIWZ, a ich zakres i rzeczywisty koszt jest niewielki. Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, iż opisane działanie Konsorcjum Impel jest nakierowane na naruszenie zasad wolnej konkurencji obowiązujących w postępowaniu i stanowi *de facto* czyn nieuczciwej konkurencji. Stosownie do przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Konsorcjum Impel narusza dobre obyczaje manipulując stawkami podatku VAT w celu uzyskania najniższej ceny brutto, a działanie takie narusza interesy gospodarcze Odwołującego, uniemożliwiając mu uzyskanie zamówienia publicznego.
5. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Konsorcjum Impel składając ofertę zmierza do obejścia przepisów prawa podatkowego o sposobie ustalania podstawy opodatkowania. Zasady ustalania, czy dana usługa ma charakter kompleksowy, w dużej mierze opierają się na woli stron wyrażonych w umowie. W niniejszej sprawie z zapisów SIWZ wynika, iż Zamawiający traktował zlecaną przez siebie usługę, jako usługę kompleksową, ale w przypadku wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Impel przewidującej podział przedmiotu zamówienia na usługi opodatkowane według różnych stawek, ta pierwotna wola Zamawiającego zostanie zmodyfikowana. W konsekwencji przyjęcie przez Zamawiającego tak skonstruowanej oferty, może wpłynąć na sposób ustalenia podstawy opodatkowania przez organy podatkowe. Konsorcjum Impel narusza nadto prawo podatkowe oferując cenę wyliczoną w oparciu o zwolnienie od podatku VAT, do którego nie przysługuje mu uprawnienie. Złożenie przez Konsorcjum Impel oferty w



takim kształcie jest także niezgodne z zasadami współżycia społecznego, zwłaszcza zaś z zasadą uczciwości kupieckiej.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 16 września 2011 roku.

Zamawiający, dnia 19 września 2011 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 22 września 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Konsorcjum Impel.

Zamawiający, pismem z dnia 28 września 2011 roku wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za kluczowe, do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, w ocenie Izby jest stwierdzenie, czy Przystępujący miał prawo do zastosowania rozróżnienia w wysokości zastosowanej stawki podatku VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie znajduje zastosowania, jako przesłanka do odrzucenia oferty, poprzez stwierdzenie, iż zastosowana przez wykonawców stawka podatku VAT, czy też zastosowanie przez wykonawców dwóch różnych stawek podatku VAT, stanowi o błędzie w obliczeniu ceny.

W powyższym zakresie za aprobatę zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 25 marca 2011 roku, sygn. akt XIX Ga 91/11, z którym Izba w całości się identyfikuje, gdzie sąd stwierdził, że „W pierwszym rzędzie należy dostrzec, iż cena jest nieodłącznym oraz zasadniczym elementem oferty. Zaś oferta stanowi złożone w sposób wiążący wobec drugiej strony oświadczenie woli zawarcia umowy na konkretnych warunkach (por. art. 60 i 66 k.c.). Nie ulega dalej wątpliwości, że w postępowaniu, którego celem jest doprowadzenie do zawarcia umowy w sprawie o zamówienie publiczne wykonawca posiada względnie niewielki stopień wpływu na przedmiot tego postępowania - ten bowiem określa SIWZ, natomiast cena jest tym elementem oferty, który w zasadzie w całości jest objęty sferą dyspozytywności wykonawcy. Trzeba dalej podkreślić, że podatek od towarów i usług jest elementem ceny (por. art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach, Dz. U. z 2001, poz. 97, nr 1050), a tym samym zastosowanie właściwej stawki podatku objęte jest sferą dyspozytywności wykonawcy. W związku z tym należy przyjąć, że cena, w skład której wchodzi 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 Pzp, zgodnie z 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. W kontekście powyższego, wskazanie stawki podatku od towarów i usług staje się elementem oświadczenia woli wykonawcy w części dotyczącej zaoferowanej ceny i jako takie oświadczenie woli (w myśl art. 60, 66 § 1 k.c.) nie może być przez drugą stronę transakcji kwestionowane, bowiem tylko ten wykonawca może decydować o zastosowaniu tej lub innej stawki tego podatku. Rzeczą zamawiającego jest przyjąć tak złożone oświadczenie woli i poddać je ocenie zgodnie z jego treścią. W ocenie Sądu Okręgowego uznanie, że wskazanie przez Wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, niewątpliwie należy traktować jako nadmierne przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę normowania prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (co wynika z art. 2 pkt. 13 i art. 14 ustawy Pzp). Należy mieć na uwadze, iż przepisy kodeksu cywilnego nie

przewidują sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano, a stron czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Nadto przepisy prawa podatkowego wskazują, iż obowiązek zaklasyfikowania do właściwego grupowania statystycznego, a w konsekwencji zastosowania właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do konkretnej transakcji spoczywa na Wykonawcy - podatniku podatku od towarów i usług, zarazem wystawcy faktury (art. 103 oraz art. 106 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług, Dz. U. z 2004r., poz. 54, nr 535). Zaś Zamawiający nie jest organem właściwym do rozstrzygania w przedmiocie interpretacji przepisów prawa podatkowego, to zadanie należy bowiem do Ministra Finansów oraz organów działających z jego upoważnienia. Zatem należy uznać, iż Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 pzp tylko dlatego, że określona w ofercie cena została obliczona w sposób inny, aniżeli Zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Tym bardziej, że Zamawiający nie wydał jednoznacznych dyspozycji, co do sposobu obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku. Należy bowiem podkreślić, iż zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług, w inny sposób, aniżeli poprzez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. Stąd Zamawiający, który w specyfikacji nie przedstawił swoich wymagań dotyczących stawek podatku powinien oprzeć się na wyliczeniach Wykonawcy. W przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki podatku od towarów i usług to na podatniku - wystawcy faktury (Wykonawcy) będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz to on będzie odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie i przekazanie przed organami skarbowymi, a także poniesie ewentualną odpowiedzialność na gruncie prawa karnego skarbowego. Powyższe rozważania potwierdzają, iż nie można uznać, że błędne wskazanie stawki podatku od towarów i usług przez Wykonawcę, jakkolwiek niewątpliwie wpływa na cenę w rozumieniu ustawy o cenach (a tak, z mocy art. 2 pkt 1 należy rozumieć pojęcie ceny na gruncie ustawy pzp), stanowi błąd w obliczeniu w ścisłym tego słowa znaczeniu. Jest ono bowiem raczej wynikiem błędu co do prawa, będącego następstwem nieprawidłowego zastosowania regulacji prawa podatkowego obowiązującego w tym zakresie. [...]. Błąd w obliczeniu ceny z założenia zawiera element działania niezamierzonego, takiego, które jest wynikiem omyłki, natomiast w rozpoznawanej sprawie zastosowanie konkretnej stawki podatku VAT było następstwem świadomej decyzji Wykonawcy. W ocenie Sądu Okręgowego błąd w obliczeniu ceny winien być rozumiany, jako omyłka rachunkowa lub rzeczowa związana ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń). Natomiast błędu w obliczeniu ceny nie można odnosić do wynikającej z przepisów

prawa stawki podatku, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzących profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie). Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż skoro Zamawiający zobowiązany jest do rozpatrywania oferty w kwocie realnej, czyli tej którą musiałby ponieść Zamawiający wybierając wskazaną ofertę, to oznacza to, iż mimo różnicy w zaproponowanych stawkach podatku VAT, oferta Wykonawcy pozostaje w pełni porównywalna w tym postępowaniu z innymi ofertami.”.

Nadto wskazać należy na zdaje się ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w którym wypowiedział się sąd, wskazując chociażby na orzeczenia KIO z dnia z dnia 29 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP/260/10), 18 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1053/10), z 7 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1287/10), z 7 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1280/10), z dnia 14 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1405/10), z dnia 30 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1476/10), z 13 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1620/10), z 23 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1667/10), z 6 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1779/10), z 7 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1884/10), z 20 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2194/10), z 5 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2326/10), z dnia 4 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2746/10), z dnia 1 lutego 2011 (sygn. akt KIO 106/11), z dnia 1 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 313/11).

W związku z powyższym wszystkie pozostałe zarzuty Odwołującego nie mogły zasługiwać na uwzględnienie gdyż stanowią niejako konsekwencję przyjęcia stanowiska przez Odwołującego o braku możliwości zastosowania różnych stawek podatku VAT.

Zarzuty Odwołującego, szczególnie argumentowane na rozprawie dotyczące konieczności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zdaniem Odwołującego złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na celowym zaniżeniu ceny ofertowej brutto poprzez przyjęcie, że znaczna część usług wykonywanych w ramach przedmiotu umowy stanowić będzie usługi zwolnione od podatku VAT, gdy usługi składające się na przedmiot umowy nie korzystają z tego zwolnienia, względnie jedynie niewielki zakres usług może zwolnieniu podlegać, nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut powyższy mógłby podlegać ocenie w przypadku, gdyby Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowo opisał i określił sposób, w jaki wykonawcy muszą podać zakres usług przyporządkowując im określone stawki podatku VAT. Dopiero takie opisanie przez wykonawców przedmiotu oferty wraz z podaniem stawek podatku VAT, które w rażący sposób stanowiłoby odstępstwo od ogólnie przyjętych zasad, stanowić mogłoby podstawę do stawiania zarzutów o nieuczciwej konkurencji. Nie

można również zapominać o brzmieniu przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który umożliwia Zamawiającemu, w toku badania i oceny ofert żądania od wykonawców złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W trybie przywołanego przepisu Zamawiający, w przypadku powzięcia okoliczności stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, może zażądać wyjaśnień od wykonawcy, a następnie biorąc pod uwagę przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba swoje stanowisko wyraziła w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, tj. załączniki do odwołania oraz Opinię podatkową z dnia 22 września 2011 roku sporządzoną przez doradcę podatkowego Andrzeja Ł.

Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z dwóch specyfikacji sporządzonych przez dwa odrębne podmioty na świadczenie usług, które są zbieżne z przedmiotem zamówienia podlegającego rozstrzygnięciu stwierdzając, iż fakt, że inny Zamawiający dopuścił wyodrębnienie możliwości zastosowania dwóch stawek podatku VAT nie powoduje bezpośredniego uznania, iż Zamawiający (w przedmiotowym postępowaniu) popełnił błąd, czy też wadliwie ocenił ofertę Przystępującego, gdyż sam we wzorze formularza ofertowego pozostawił miejsce na uwzględnienie tylko jednej stawki podatku VAT.

Izba zwraca uwagę na fakt, iż wzór formularza ofertowego, jak i postanowienia wzoru przyszłej umowy mogą być następczo modyfikowane, w zależności od sytuacji wynikającej z okoliczności leżących po stronie wykonawcy – Przystępującego. Z uwagi na fakt, iż Przystępujący przewiduje zastosowanie dwóch różnych stawek VAT dopuszczalne jest w ocenie Izby takie dostosowanie wzoru formularza oferty, aby odpowiadał on warunkom oferowanym przez wykonawcę. Również zmiany wzoru umowy, które następczo, po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą, a właściwie muszą być odpowiednio dostosowane do warunków, jakie oferuje wykonawca, w omawianym przypadku, zastosowanie dwóch różnych stawek podatku VAT, jak i możliwość przedstawiania Zamawiającemu dwóch faktur, każda wystawiana przez uczestnika konsorcjum z odrębnie przyporządkowaną wysokością podatku VAT.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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

rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wykonania kserokopii dokumentacji postępowania w wysokości 385,97 zł.

**Przewodniczący:** .....