

Sygn. akt: KIO/399/11

WYROK

z dnia 11 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Ewa Rzońca

Ewa Sikorska

Protokolant: Matusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Odwołującego - Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53 – 111 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Chorób Płuc im. dr A. Pawelca, Bracka 13, 44-300 Wodzisław Śląski**

przy udziale **Wykonawcy : Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z siedzibą Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1.Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie części oferty Przystępującego w zakresie nie zawierającym informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ponowne badanie i ocenę ofert,

2. Kosztami postępowania obciąża **Wykonawcę : Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” z siedzibą Krakowie** 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 **Odwołującego - Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53 – 111 Wrocław,**
- 2) zasądzić kwotę 18 600 zł 00 gr. (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od **Wykonawcy : Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z siedzibą Krakowie** na rzecz **Odwołującego - Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53 – 111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Chorób Płuc im. dr A. Pawelca, Bracka 13, 44-300 Wodzisław Śląski wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości na terenie Wojewódzkiego Szpitala Chorób Płuc w Wodzisławiu Śląskim.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 8 stycznia 2011r. pod numerem ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2011/S 5-006868.

W dniu 18 lutego 2011 r. Odwołujący - Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53 – 111 Wrocław otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z siedzibą Krakowie (pismo Zamawiającego nr 782/2011 z dnia 18.02.2011r. przesłane Odwołującemu faksem).

Z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się i w dniu 25.02.2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1). art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2). art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wybranego Wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

3). art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku ciążącego na Zamawiającym polegającego na nie ujawnieniu w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informacji, zakwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie,

4). art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Pzp w związku z art. 43 ust. 1 pkt. 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.), zwana dalej: ustawą o VAT oraz w związku z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z dnia 8 czerwca 1993 r.), zwana dalej: ustawą o ZNK)

poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wybranego Wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Odwołujący wnosił o :

- 1). odwołanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości na terenie Wojewódzkiego Szpitala Chorób Płuc w Wodzisławiu Śląskim,
- 2). wykluczenie Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp,
- 3). odrzucenie oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp,
- 4). powtórzenie czynności oceny ofert,
- 5). dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W ramach pierwszego zarzutu Odwołujący stwierdził, że wybrany Wykonawca: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie winien być wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Powołał się przy tym na postanowienia pkt. XVIII, ppkt 2 SIWZ, zgodnie z którymi wykonawcy winni dołączyć do oferty, odrębne oświadczenie, w którym zadeklarują formę wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, podając jednocześnie nazwę banku, zakładu ubezpieczeń lub właściwego podmiotu poręczającego, gdy deklarowaną formą będzie gwarancja bankowa albo ubezpieczeniowa bądź poręczenie wystawione przez bank albo właściwy uprawniony podmiot.

Wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ brak oświadczenia spowoduje skutki przewidziane w ustawie w przypadku nie złożenia wymaganych oświadczeń lub nie spełnienia innych wymagań określonych w ustawie lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wybrany Wykonawca: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, nie dołączył do części jawnej oferty wspomnianego oświadczenia.

Zauważył, że wymóg dołączenia do oferty stosownego oświadczenia wiąże wszystkich wykonawców w tym samym stopniu i Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert winien w taki sam sposób egzekwować żądane informacje od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że żaden z uczestników postępowania się nie odwołał się wobec postanowień SIWZ dotyczących powyższego warunku.

W opinii Odwołującego, brak reakcji Zamawiającego na uchybienia w ofercie wybranego Wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, w opisanym zakresie doprowadził do nierównego traktowania wykonawców oraz do nieuzasadnionego stawiania wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

Drugi zarzut oparty został na art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, z którego wynika co do zasady jawność postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego nie ujawnia się jedynie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, a to oznacza, że jeżeli wykonawca zawiera w ofercie informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z odrębnymi przepisami, to może nie zgodzić się na ich ujawnienie innym osobom.

Według Odwołującego informacje, które są z definicji jawne (np. odpis z KRS lub bilans), lub które zostały już raz ujawnione, nie mogą w żadnym wypadku zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ każdy może mieć do nich dostęp.

Wadliwe jest zatem – w ocenie Odwołującego - utajenie informacji, które nie spełniają tych przesłanek.

W opinii Odwołującego wykaz środków czystości i preparatów dezynfekcyjnych przewidzianych do stosowania u Zamawiającego, jak i karty charakterystyki środków niebezpiecznych nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i nie powinny zostać zakwalifikowane przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uważał on, iż stanowią one informacje powszechnie znane i powinny zostać odtajnione przez Zamawiającego.

Brak ich jawności uniemożliwia zdaniem Odwołującego ocenę przez innych wykonawców żądania Zamawiającego z SIWZ dołączenia do oferty wykazu środków czystości i preparatów dezynfekcyjnych przewidzianych do stosowania w Wojewódzkim Szpitalu Chorób Płuc im. Dr A. Pawelca w Wodzisławiu Śląskim - załącznik nr 2 SIWZ oraz wymogu z pkt. III ppkt 6 SIWZ - opis przedmiotu zamówienia oraz termin wykonania – zgodnie z którym środki dezynfekcyjne i myjąco-dezynfekcyjne muszą być zarejestrowane i

dopuszczone do obrotu w placówkach Ochrony Zdrowia, na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 września 2002 roku o produktach biobójczych (Dz.U. Nr 175, poz. 1433 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 stycznia 2003 roku w sprawie kategorii i grup produktów biobójczych według ich przeznaczenia (Dz.U. Nr 16 poz. 150).

Poza tym wskazał także, iż utajnienie części oferty ogranicza możliwość zbadania przez innych wykonawców wykonania postanowień Zamawiającego z pkt. III 1. 2) c) SIWZ - Warunki uprawniające do udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełnienia tych warunków – zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełnią warunki dodatkowe, zagwarantują, że usługa świadczona będzie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego przy użyciu urządzeń, narzędzi, materiałów i środków posiadających wymagane na mocy przepisów odrębnych odpowiednie atesty, certyfikaty, badania techniczne lub świadectwa dopuszczenia do stosowania.

Ponadto zwrócił uwagę na zawarte w pkt. III ppkt 6 SIWZ - opis przedmiotu zamówienia oraz termin wykonania zamówienia postanowienie na podstawie, którego Zamawiający wymagał, aby do każdego środka dezynfekcyjnego/myjąco - dezynfekcyjnego została opracowana instrukcja stosowania, dostępna dla pracowników firmy sprzątającej, a także personelu Szpitala oraz karta charakterystyki środków niebezpiecznych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego niedopełnienie obowiązku ciążącego na Zamawiającym polegającego na nie ujawnieniu w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powyższych informacji, zakwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, budzi uzasadnione wątpliwości Odwołującego, czy sformułowane w SIWZ warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione przez tego Wykonawcę.

W ramach ostatniego zarzutu Odwołujący podniósł, że oferta wybranego Wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 6 ustawy Pzp w związku z ustawą o VAT i ustawą o ZNK.

Wskazał, że zgodnie z formularzem ofertowym wybrany Wykonawca zaproponował wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia w zakresie usługi utrzymania czystości za 1 miesiąc za cenę 30 390,00 PLN netto przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT, co nie znajduje uzasadnienia, bowiem wybrany Wykonawca na dzień składania ofert, nie

posiada statusu zakładu opieki zdrowotnej, a zatem nie jest uprawniony na gruncie obowiązujących przepisów do stosowania zwolnienia od podatku VAT.

Odwołujący stwierdził, że złożenie oferty przez konkurencyjnego Wykonawcę z ceną, która zawiera zwolnienie od podatku VAT w powyższym zakresie przesądza, że oferta winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 6 ustawy Pzp, jako że zawiera błąd w cenie nie podlegający poprawieniu.

Zwrócił również uwagę, że od dnia 1 stycznia 2011 r. zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt. 18, znowelizowanej ustawy o VAT, wyłącznie zakłady opieki zdrowotnej są uprawnione do stosowania zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, a zatem tylko spełnienie obligatoryjnego kryterium podmiotowego w postaci obowiązku posiadania statusu zakładu opieki zdrowotnej, upoważnia Wykonawców do oferowania usług objętych stawką podatku VAT w wysokości „ZW”.

Zauważył, że rolą Zamawiającego, jest ustalenie właściwej stawki podatku od towarów i usług (VAT), gdyż bez jej ustalenia nie można prawidłowo porównać złożonych ofert.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien najpierw ustalić właściwą stawkę VAT, a następnie dokonać oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ostatecznie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający, uznając za prawidłową cenę wybranego Wykonawcy z wadliwie naliczoną stawką podatku VAT (mniejszą niż wymagana ustawowo) naruszył interesy innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, co jako sprzeczne z prawem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, a w konsekwencji narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji udzielania.

W dniu 2.03.2011r. wybrany Wykonawca - Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty

Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić w części dotyczącej zarzutu dotyczącego odtajnienia części oferty Przystępującego.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art.8 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z póź. zm.).

W pozostałym zakresie Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia obowiązujących przepisów prawa.

W pierwszej kolejności Izba dokonała oceny prawnej skuteczności postanowienia pkt XVIII ppkt 2 SIWZ stanowiącego żądanie Zamawiającego złożenia oświadczenia przez Wykonawców zawierającego deklarację formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w odrębnym oświadczeniu dołączonym do oferty.

W postanowieniu tym Zamawiający zażądał również podania nazwy banku, zakładu ubezpieczeń lub właściwego podmiotu poręczającego, gdy deklarowaną formą będzie gwarancja bankowa albo ubezpieczeniowa bądź poręczenie wystawione przez bank albo właściwy uprawniony podmiot.

Zastrzegł przy tym, że brak w ofercie takiego oświadczenia będzie odpowiadał skutkom przewidzianym w ustawie w przypadku nie złożenia wymaganych oświadczeń lub nie spełnienia innych wymagań określonych w ustawie lub w SIWZ.

W ocenie Izby wyżej wskazane postanowienie SIWZ pozostaje poza zakresem treści art.25 ust.1 pkt 1 i 2 w związku z art.24 ust.2 pkt 4 powołanej wyżej ustawy Pzp. Zdaniem Izby brak było podstaw prawnych do żądania złożenia przez Wykonawców oświadczenia dotyczącego formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy z podaniem nazwy podmiotu dającego zabezpieczenie.

Zdaniem Izby nie można wykluczyć z postępowania wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ wymóg w zakresie oświadczenia nie stanowił warunku udziału w

postępowaniu, a postanowienia SIWZ w tym zakresie należy uznać za bezskuteczne, gdyż materia dotycząca zabezpieczenia należytego wykonania umowy została uregulowana ustawowo.

Jednocześnie Izba reprezentuje zapatrywanie, iż brak zaskarżenia SIWZ w powyższym zakresie nie ma wpływu na moc obowiązywania powyższych postanowień.

W dalszej części potwierdził się zarzut odwołania dotyczący naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy wskazać, iż Zamawiający ma prawo ograniczyć działanie tej zasady jedynie w przypadkach określonych w ustawie. W szczególności Zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

W myśl art.11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 roku Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez Zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest

obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Z materiału dokumentacyjnego przedmiotowej sprawy wynika, iż Zamawiający nie przeprowadził stosownego postępowania wyjaśniającego zmierzającego do ustalenia zakresu informacji znajdujących się w poszczególnych grupach dokumentów w części zastrzeżonej.

Zdaniem Izby znajdującej się w części zastrzeżonej oferty Przystępującego informacje nie mieszczą się w powyższej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności karty charakterystyki produktów nie można uznać za dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jako, że informacje tam zawarte zostały skierowane przez producentów do szerokiego grona odbiorców. Dokumenty te, jako ujawnione do wiadomości publicznej, nie spełniają wskazanego w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunku do uznania informacji w nich zawartych za tajemnicę przedsiębiorstwa. Fakt ten został dodatkowo potwierdzony przez Przystępującego na rozprawie.

Przystępujący na rozprawie oświadczył, że podjął czynności zmierzające do zachowania w poufności niektórych informacji poprzez wprowadzenie wewnętrznego zarządzenia w jego przedsiębiorstwie oraz zawierając umowy o poufności z pracownikami wraz z umowami o pracę.

Izba wyjaśnienia te uznała za niewystarczające. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uchwale Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 21.10.2005r., sygn. akt III CZP 74/05, opublikowanej w publikatorze Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok

2006, Nr 7-8, poz. 122, str. 64 postawiono istotną tezę orzeczniczą, zgodnie z którą, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Należy również zauważyć, iż dokonana klasyfikacja dokumentów pod kątem ich jawności musi również zapewniać zachowanie równości i konkurencyjności ocenianych ofert.

Ostatecznie, za niezasługujący na uwzględnienie, Izba uznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Pzp w zakresie podania błędnej stawki VAT.

Przedmiotem sporu jest zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodrzuconiu oferty Przystępującego ze względu na zastosowanie w pozycji formularza cenowego zawartego w jego ofercie(załącznik nr II, str.4) ceny ze stawką podatku od towarów i usług z adnotacją „zw, 23 %”. Tym samym odpowiedzi wymaga pytanie czy zamawiający zobowiązany był w świetle stanu faktycznego analizowanej sprawy do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 6 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, właściwa stawka podatku od towarów i usług dla przedmiotu zamówienia nie została wprost określona przez Zamawiającego w postanowieniach pkt IX Siwz – opis sposobu obliczenia ceny oferty, jako wiążąca dla wykonawców. Zamawiający poprzestał jedynie na postawieniu wymogu podania stawek ww. podatku w formularzu cenowym(załącznik nr II).

Biorąc pod uwagę powyższe nie budzi wątpliwości, iż zamawiający nie wskazał określonej stawki podatku od towarów i usług, którą należało zastosować do obliczenia ceny zawartej w przedmiotowym formularzu cenowym. Tym samym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zachodzi przypadek, w którym określony sposób obliczenia ceny zastosowany przez wykonawcę (np. zastosowanie określonych stawek VAT) uznany być może za sprzeczny z wymaganiami SIWZ w tym zakresie.

Nadto Izba, na gruncie stanu faktycznego niniejszej sprawy, po przeanalizowaniu występujących okoliczności, uznała, iż wskazanie stawki podatku od towarów i usług w wysokości 23%, obok wskazania zwolnienia nie stanowi błędu w obliczeniu ceny. Z tego względu Izba nie ustalała prawidłowości stawki podatku od towarów i usług zastosowanej w ofercie Odwołującego, z uwagi na fakt, że w ocenie Izby jest to zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną w podobnych sprawach w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: 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).

Przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, który określa zamknięty katalog okoliczności stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, nie ustanawia *expressis verbis* jako podstawy jej odrzucenia zastosowania do obliczenia ceny ofertowej nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług. Przyjęcie za taką podstawę punktu 6 tego artykułu może zatem wynikać jedynie z określonej wykładni tego przepisu, prowadzącej do utożsamienia błędu w obliczeniu ceny z niewłaściwym podaniem podatku od towarów i usług. W ocenie Izby wykładnia taka jest jednak nieuprawniona.

Zdaniem Izby zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, przede wszystkim sprowadzało się będzie do sytuacji, gdy wykonawca obliczając cenę swej oferty nie zastosował się do sposobu obliczenia ceny opisanego w SIWZ i otrzymał cenę ofertową inną niż w przypadku postępowania zgodnie z instrukcjami zamawiającego.

Przykładem takiego błędu jest przede wszystkim omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny inna niż oczywista (oczywistą omyłką rachunkową zamawiający obowiązany jest poprawić na mocy art. 87 ust. 2 pkt 2). Innym błędem może być tu np. obliczenie średniej arytmetycznej jakichś wielkości zamiast średniej ważonej, przyjęcie do obliczenia ceny innej wielkości niż żądał Zamawiający (np. stawki WIBOR IM zamiast stawki WIBOR 3M przy obliczeniu stopy oprocentowania kredytu), przyjęcie wielkości z innego dnia, niż wymagał

Zamawiający (np. ceny hurtowej paliwa z dnia złożenia oferty zamiast z dnia publikacji ogłoszenia), powiększenie wielkości o pewien wskaźnik zamiast pomniejszenia, czy inne odstępstwa od algorytmu obliczania ceny określonego w SIWZ.

Na marginesie należy stwierdzić, że z treści art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz innych przepisów ustawy, nie wynika żaden algorytm „obliczania” ceny z uwzględnieniem obowiązującej stawki podatku VAT i tym samym przepisy prawa same przez się nie ustanawiają normatywnego wzorca prawidłowości obliczania ceny, do którego można odnieść prawidłowość działań wykonawcy w tym zakresie (z konsekwencją odrzucenia jego oferty).

W ocenie Izby to właśnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy przypisać możliwość określenia żądanego sposobu obliczania ceny, względem którego należy następnie oceniać prawidłowość cen ofertowych w tym zakresie i na podstawie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy odrzucać oferty zawierające błędy w obliczeniu ceny. Tym samym to właśnie postanowienia SIWZ w przedmiocie sposobu obliczenia ceny warunkują zastosowanie ww. przepisu.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż 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.). Tym samym nie dopuszcza się 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 z przepisów obowiązujących w dacie powstania obowiązku podatkowego.

Podkreślenia wymaga, że uwzględniona w ofercie stawka czy kwota podatku VAT nie wpływa w żaden sposób na porównywalność ofert, na wynik ich oceny, gdyż 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. Jednym z przypadków w których cena może być zmienna jest zawarcie odpowiednich klauzul waloryzacyjnych w umowie o realizację przedmiotu zamówienia.

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 dyspozycyjności 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.

Izba wskazuje ponadto, że za słusznością prezentowanego stanowiska przemawia definicja ceny zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, do której odsyła ustawa 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 dostawę, usługi lub roboty budowlane), a cena ofertowa jest elementem oświadczenia woli podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wobec tego niewątpliwym jest, że uwzględniony w cenie podatek VAT jest tylko

jednym z wielu elementów ceny, a ustalenia jego wysokości w ofercie – jako niewiążącego z prawno-podatkowego 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 prawno-podatkowych 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. Z tego powodu nie można uznać oferty Przystępującego z tak określoną ceną za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tym bardziej, że Odwołujący w swoim odwołaniu nie wskazał na czym miałyby ten czyn polegać.

Zatem należy uznać, że zamawiający winien był dokonać porównania złożonych ofert w takich kwotach jakie wykonawcy podali w złożonych ofertach z uwzględnieniem podanych przez nich stawek i kwot podatku od towarów i usług zawartych w formularzu cenowym, a następnie na podstawie tak przeprowadzonej oceny dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tym samym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 6 ustawy Pzp, bowiem brak jest podstaw prawnych do uznania przesłanek do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego z powodu błędu w obliczeniu ceny.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....

.....

.....