

Sygn. akt: KIO/UZP 217/10

WYROK
z dnia 02 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Stadler Bussnang AG, CH – 9565 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego "**Koleje Mazowieckie - KM**" Sp. z o. o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1 protestu z dnia 22 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu "Kolejom Mazowieckim - KM" Sp. z o. o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

2. kosztami postępowania obciąża "Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o. o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Stadler Bussnang AG, CH – 9565 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **"Koleje Mazowieckie - KM" sp. z o.o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1** na rzecz **Stadler Bussnang AG, CH – 9565 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Stadler Bussnang AG, CH – 9565 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o. o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 16 szt. nowych, czteroczołowych zespołów trakcyjnych.

Pismem z 12 stycznia 2009 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang (Szwajcaria). Jednocześnie zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej również: „Pzp”.

Wobec czynności unieważnienia postępowania Stadler Bussnang AG wniósł odwołanie poprzedzone protestem. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (dalej: „ustawa o cenach”), przez bezprawne unieważnienie postępowania, mimo że cena najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu nie przekracza kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieudzielenie zamówienia odwołującemu się, mimo że jego oferta została uznana przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, a nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 3a Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 7 oraz art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (dalej: „ustawa o VAT”) przez zastosowanie tego przepisu w celu oceny spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania, który to przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania w sprawie.

Odwołujący się zarzucił również, że swoimi działaniami i zaniechaniami zamawiający, oprócz wskazanych przepisów, naruszył także art. 8 ust. 1, art. 86 ust. 3, art. 94 Pzp, jak również inne

przepisy wskazane w uzasadnieniu. Ponadto ocenił, że zamawiający naruszył art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania;
2. udzielenie zamówienia publicznego odwołującemu się.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie, gdyż cena złożonej przez niego oferty nie przekracza kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wywiódł, że jest spółką mającą siedzibę w Szwajcarii, a Szwajcaria nie jest członkiem Unii Europejskiej, nie należy również do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, do strefy EURO, ani do strefy VAT UE. W związku z tym realizacja przedmiotu zamówienia stanowić będzie import towarów, który nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Doliczenie kwoty podatku VAT wynikającej z działalności gospodarczej prowadzonej przez zamawiającego do ceny swojej oferty odwołujący się uznał, za naruszające literalne i jednoznaczne brzmienie przepisów, w szczególności art. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący się wskazał na fakt, iż cena netto złożonej przez niego oferty jest jednocześnie ceną brutto. Powołał zasady wykładni literalnej, konieczność jednakowej interpretacji pojęcia „cena” zgodnie z definicją z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wywiódł, że zamawiający nie miał prawa - w celu zbadania przesłanki unieważnienia postępowania - doliczyć do ceny oferty odwołującego się elementów, które nie stanowią składnika tej ceny. Nie miał zwłaszcza prawa doliczyć podatku VAT z tytułu nabycia, do którego rozliczenia zobowiązany jest zamawiający.

Odwołujący się wywiódł, że cena najkorzystniejszej oferty, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, to kwota 76 640 000 EUR - niższa od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący się powołał się również na zasadę neutralności podatku VAT. Wskazał, że kwota podatku nie będzie stanowić kosztu dla zamawiającego, gdyż zamawiający zobowiązany będzie do rozliczenia podatku VAT z tytułu importu towarów i wykazania kwoty podatku VAT należnego w Polsce w kwocie 16 860 800 euro. Jednocześnie, zamawiający uprawniony będzie do odliczenia kwoty podatku naliczonego w wysokości 16 860 800 euro i w konsekwencji, zamawiający nie będzie ponosić jakichkolwiek obciążeń w zakresie podatku VAT w związku z zawarciem umowy z odwołującym się w szczególności nie będzie zobowiązany do odprowadzenia podatku VAT do urzędu skarbowego. Oznacza to zarazem, że w celu sfinansowania zamówienia realizowanego przez odwołującego się zamawiający powinien dysponować jedynie kwotą 76 640 000 euro. Odwołujący się zarzucił błędne zastosowanie art. 91 ust. 3a Pzp, gdyż art. 91 ust. 3a Pzp dotyczy jedynie wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów oraz winien być stosowany tylko w celu oceny oferty a nie w celu oceny spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania.

Powołał również odpowiedzi zamawiającego do treści formularza ofertowego, z których wywodził, że obowiązkiem zamawiającego było zgodnie z literalnym brzmieniem art. 91 ust. 3 a Pzp. Odwołujący

się podniósł również możliwość błędnego oszacowania przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia oraz okoliczność, że z uwagi na priorytetowy charakter zamówienia prawdopodobne jest uzyskanie przez zamawiającego dodatkowych środków.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 22 stycznia 2010 r. (*presentata* zamawiającego), odwołanie 10 lutego 2010 r. (*presentata* - wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał kopię odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z 29 stycznia 2010 r., które przekazał odwołującemu się *via fax* 1 lutego 2010 r. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wywiódł, że postąpił zgodnie z przepisami, gdyż zobowiązany był w razie stwierdzenia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, do unieważnienia postępowania. Zamawiający powołał treść formularza ofertowego oraz udzielane przez siebie w odniesieniu do jego treści odpowiedzi. Podniósł, że przyjęty przez zamawiającego sposób oceny ofert w zakresie kryterium ceny jest zgodny jest z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ograniczenie rozwiązania proponowanego przez ustawodawcę w art. 91 ust. 3a Pzp jedynie do oferentów pochodzących z Unii Europejskiej, powodowałoby nieuzasadnione faworyzowanie potencjalnych wykonawców mających siedzibę w krajach, które członkami Unii nie są. Wskazał, że dla możliwości oceny rzeczywistego wpływu wyboru oferty wykonawcy zagranicznego, nie mającego siedziby lub miejsca zamieszkania w Unii Europejskiej, na stan budżetu, zamawiający winien mieć możliwość ustalenia, w jaki sposób wysokość ceny wpłynie ostatecznie na kwotę, jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający wskazał na konieczność stosowania zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp oraz na fakt, że treści siwz była znana wykonawcom, a odwołujący się nie wniósł wobec niej środków ochrony prawnej.

Przed otwarciem rozprawy odwołujący się złożył pismo z 25 lutego 2010 r., w którym wskazywał przede wszystkim na konieczność stosowania literalnej wykładni przepisów prawa.

Po ustaleniu podczas posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 223-320653.

Zgodnie z Rozdziałem 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, najważniejszym z kryteriów oceny ofert (60%) była cena.

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - „Formularz oferty”, zamawiający ustalił, że wykonawcy zagraniczni, którzy na podstawie odrębnych przepisów, nie

są zobowiązani do uiszczenia podatku VAT w Polsce, podają tylko cenę netto, pozostali wykonawcy podają cenę netto i brutto. W celu porównania ofert, do ceny wykonawcy, który podał w ofercie wyłącznie cenę netto, zamawiający doliczy podatek VAT w ustawowej wysokości, który to podatek zamawiający będzie zobowiązany odprowadzić do właściwego dla swojej siedziby Urzędu Skarbowego.

Zamawiający w piśmie z dnia 23 grudnia 2009 r. wyjaśnił treść formularza oferty, że w przypadku, gdy ofertę składa wykonawca, który na podstawie odrębnych przepisów nie jest zobowiązany do uiszczenia podatku VAT w Polsce, w formularzu ofertowym wpisuje się ceną netto, a Zamawiający postąpi zgodnie z postanowieniami art. 91 ust. 3a ustawy "Prawo zamówień publicznych".

23 grudnia 2009 r. Odwołujący zadał kolejne pytanie:

„W związku z pismem Zamawiającego z dnia dzisiejszego nr MER4-45-66.13/2009, zawierającym zmianę odpowiedzi na pytanie nr 2 zawartej w piśmie z dnia 21 grudnia 2009., nr MER4-45-66.11/2009, prosimy o jednoznaczne wskazanie, iż odpowiedź ta dotyczy jedynie sytuacji, w której spełnione są łącznie dwie przesłanki: (a) ofertą składa wykonawca, który na podstawie odrębnych przepisów nie jest zobowiązany do uiszczenia podatku VAT w Polsce i (b) wybór oferty tego wykonawcy spowoduje powstanie obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów. Inaczej mówiąc, art. 91 ust. 3a ustawy - Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania (co wynika jednoznacznie z jego treści), gdy ofertę składa wykonawca, który na podstawie odrębnych przepisów wprawdzie nie jest zobowiązany do uiszczenia podatku VAT w Polsce, jednakże wybór jego ofert nie spowoduje powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów. Prosimy o potwierdzenie powyższego".

Zamawiający w dwóch pismach z dnia 29 grudnia 2009 r. oświadczył, że odpowiedź z 23 grudnia 2009 r. obejmuje sytuację, w której zostaną spełnione przesłanki wskazane przez odwołującego się.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 267 860 000 zł, co stanowi równowartość 69 087 720,20 euro, a bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 79 233 149,07 euro brutto stanowiącą równowartość sumy 326 789 200,00 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców – odwołujący się oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” Spółka Akcyjna, zwani dalej łącznie: „PESA”. Cena ofertowa odwołującego się to kwota 76 640 000,00 euro netto (zarazem kwota brutto), natomiast cena zaproponowana przez PESE to 75 200 000,00 euro netto oraz po doliczeniu podatku VAT - 91 744 000,00 euro brutto.

W toku oceny ofert zamawiający doliczył do ceny oferty odwołujący się podatek VAT, który miałby odprowadzić do urzędu skarbowego i do porównania ofert przyjął cenę oferty odwołującego się w kwocie 93.500.800 euro, doliczając podatek VAT w kwocie 16.860.800 euro.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania i okazanych na rozprawie przez zamawiającego lub uprzednio przekazanych Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem: siwz, pism zamawiającego z 23 i 29 grudnia 2009 r. MER4-45-66.13/2009, MER4-45-66.18/2009, MER4-45-66.19/2009, pisma odwołującego się z 23 grudnia 2009 r., ofert odwołującego się oraz PESY, protokołu ZP-1.

Złożone do akt opinie prof. dr hab. W. Modzelewskiego z 18 stycznia 2010 r. oraz Tomasza Czajkowskiego, jako stanowiące dokument prywatny Izba uznała za oświadczenia strony.

Przy ocenie zarzutów odwołania Izba pominęła podnoszone przez odwołujący się różnice między kwotą wartości szacunkowej zamówienia a kwota podana przed otwarciem ofert, uznając, że termin na podnoszenie wątpliwości, co do kwoty podanej zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp, rozpoczął swój bieg w dniu otwarcia ofert. Podnoszenie zarzutów w tej mierze jest spóźnione.

Izba nie uwzględniła stanowiska zawartego w piśmie odwołującego się z 1 marca 2010 r. z uwagi na treść art. 190 ust. 2 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania spowoduje unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania i odwołujący się będzie miał możliwość uzyskania zamówienia publicznego. Brak podniesienia zarzutów przeciwko czynności oceny ofert – punktacji przyznanej ofercie odwołującego się pozostaje bez wpływu na ocenę interesu prawnego odwołującego się. Rozpoznając zarzut odwołania dotyczący unieważnienia postępowania niezbędne jest odniesienie się do ceny oferty odwołującego się przyjętej przez zamawiającego przy podjęciu ustalenia, że zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W interes prawny odwołującego się godzi przede wszystkim decyzja o unieważnieniu postępowania, zarzut dalej idący.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeśli cena najkorzystniejszej oferty jest większa, niż kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W celu oceny zarzutu niezbędne jest ustalenie pojęcia ceny w rozumieniu przywołanego przepisu. Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o cenie, należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr

97, poz. 1050 ze zm.). Przywołana definicja stanowi, że 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, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Niesporne i zgodne z brzmieniem cytowanego przepisu (odnoszenie się do powoływanych w tym zakresie przez odwołującego się niespójności między przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisami podatkowymi jest zbędne dla rozstrzygnięcia powstałego sporu) jest między stronami, że cena netto i brutto oferty odwołującego się są takie same. Okolicznością niesporną jest również fakt, że ewentualne zawarcie umowy z odwołującym się spowoduje powstanie obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego z tytułu importu.

Przedmiotem sporu jest wysokość ceny oferty odwołującego się przyjętej przez zamawiającego przy stwierdzeniu zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 1 Pzp cena oferty zawiera podatek od towarów usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli jego wartość jest płacona przez zamawiającego wykonawcy.

Jedyny wyjątek od powołanej reguły ustawodawca wprowadził w art. 91 ust. 3 a Pzp stanowiącym, że jeżeli złożono ofertę której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, w zakresie wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykładnia literalna przywołanego przepisu nie budzi wątpliwości - zamawiający może do przedstawionej w ofercie ceny doliczyć podatek od towarów i usług, jedynie w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego kwalifikowana byłaby, jako wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów i wyłącznie dla celów oceny oferty.

Stan prawny dotyczący powstania zobowiązania zamawiającego do uiszczenia podatku od towarów i usług z tytułu innego, niż wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów pozostał poza regulacją ustawową.

Jednocześnie z art. 7 ust. 1 Pzp wynikają zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych przywołane zasady transponują na grunt prawa krajowego zasady wynikające ustawodawstwa wspólnotowego, w szczególności zasadę niedyskryminacji. Priorytet przywołanych zasad wielokrotnie podkreślały w orzeczeniach, tak Europejski Trybunał Sprawiedliwości, jak i sądy powszechne rozpatrujące skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej zespołów arbitrów. Fundamentalnymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Skoro ustawodawca w celu ich realizacji zastrzegł obowiązek zamawiającego doliczania do ceny oferty kwoty podatku od towarów i usług w przypadku wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, to brak możliwości doliczenia kwoty

podatku w razie powstania zobowiązania podatkowego zamawiającego z innego tytułu, niż wewnątrzspółnotowe nabycie towarów daje wykonawcom nie posiadającym siedzib na terenie państwa wspólnoty oraz nie objętych porozumieniami w tej materii istotną przewagę konkurencyjną.

Jest to stan prawny, co do którego można zasadnie twierdzić, że gdyby ustawodawca działał racjonalnie taki stan rzeczy objąłby regulacją ustawową. Treść art. 91 ust. 3a Pzp oraz znajomość preferencji aksjologicznych i zamierzonych celów ustawodawcy – wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasad udzielania zamówień - każe przyjąć, że zaistniała tutaj luka w prawie, którą określić należy, jako „techniczną lukę w prawie” (*vide* przykładowo: T. Stawecki, P. Winczorek „Wstęp do prawoznawstwa” wyd. 4 Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003).

Wobec oceny, że ma miejsce luka w prawie, obowiązkiem Izby, jako organy stosującego przepisy oraz dokonującego ich wykładni, jest zbadanie możliwości jej usunięcia. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, w okolicznościach sprawy, sięgnąć należy do wnioskowania przez analogię (*argumentum a simili*). Możliwe jest bowiem zastosowanie, do nieuregulowanego stanu rzeczy t.j. braku obowiązku zamawiającego doliczenia do przedstawionej ceny oferty kwoty podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami, art. 91 ust. 3 a Pzp *per analogiam*. Postać luki podlegałaby usunięciu przy zastosowaniu analogii z ustawy (*analogia legis*). Na dopuszczalność zastosowania analogii wskazuje, oprócz argumentacji powołanej wyżej, brak użycia w art. 91 ust. 3 a Pzp sformułowania typu „wyłącznie”, „tylko”, „jedynie”, którego zastosowanie w treści przepisu wyłączyłoby możliwość posłużenia się *argumentum a simili*.

Wnioskowanie z analogii prowadzi do przekonania, że art. 91 ust. 3a Pzp znajduje zastosowanie nie tylko do wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, ale również do importu towarów, gdyż zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, powyższe prowadzi do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego i w celu zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji zamawiający winien doliczyć do ceny oferty kwotę należnego podatku od towarów i usług, którego jest płatnikiem.

Wobec powyższego sposób obliczenia ceny oferty odwołującego się przyjęty dla potrzeb porównania ofert uznać należy za prawidłowy. W tym kontekście treść udzielonych wyjaśnień uznać należy za nierelevantną dla oceny zarzutu odwołania – pozostały one bez wpływu na ocenę czynności zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania – sam zamawiający zastrzegł bowiem w siwz, że doliczenia kwoty podatku dokona w celu porównania ofert. Odesłanie w udzielonych odpowiedziach do art. 91 ust. 3 a Pzp nie wytworzyło nowej sytuacji prawnej. Jak Izba wskazała wyżej, przywołany przepis pozwala na doliczenie kwoty podatku od towarów i usług wyłącznie w celu oceny oferty.

Odrębną kwestię stanowi natomiast ustalenie ceny oferty odwołującego się przy badaniu przesłanek unieważnienia postępowania. Porównanie (ocena ofert) i dokonany w ich wyniku wybór najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie postępowania stanowią odrębne czynności zamawiającego. Podnieść należy, że przesłanki unieważnienia postępowania tworzą katalog enumeratywny i podlegają ścisłej interpretacji. Stanowią bowiem wyjątek unicestwiający cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie można wykluczyć, że pominięcie w treści art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp możliwości doliczenia do ceny oferty kwoty podatku od towarów i usług było niezamierzonym działaniem ustawodawcy. Odwrotnie jednak, niż w przypadku art. 91 ust. 3 a Pzp, Izba nie dopatrzyła się możliwości zastosowania w tej mierze analogii. Sprzeciwiają się temu przede wszystkim nadanie katalogowi przesłanek unieważnienia postępowania charakteru *numerus clausus*, użycie w treści art. 91 ust. 1 pkt 4 Pzp pojęcia „cena” oraz zawężenie w treści art. 91 ust. 3 a Pzp możliwości doliczenia do ceny oferty kwoty należnego podatku od towarów i usług, który zamawiający jest obowiązany wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami, jedynie do celu oceny ofert.

Nietrafnie powołuje zamawiający art. 536 k.c. jako dający mu podstawę do ustalenia ceny oferty odwołującego się, jako sumy ceny ofertowej oraz kwoty należnego podatku od towarów i usług. Wobec brzmienia treści siwz zakładającej dokonanie takiej czynności wyłącznie dla porównania ofert, niezasadne wydaje się być przyjęcie, że nastąpiło tu wskazanie sposobu obliczenia ceny oferty w rozumieniu art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Art. 14 Pzp pozwala na zastosowanie przepisów kodeksu cywilnego wyłącznie w sprawach nieuregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych i jedynie odpowiednio. Skoro ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera definicję ceny a wykonawca został zobowiązany przez zamawiającego do podania w ofercie ceny zgodnie z jej wymaganiami, to brak jest podstaw do stosowania przepisów kodeksu cywilnego. Konkludując rozważania w tym zakresie stwierdzić należy, że powołanie się na art. 536 k.c. nie ma oparcia tak przepisach prawa, jak i treści siwz odsyłającej do art. 91 ust. 3 a Pzp - nie może być zatem skuteczne. Stanowisko zamawiającego poczytane być może *de facto* jako zmiana interpretacji postanowień siwz wyrażona po terminie otwarcia ofert, a nawet po dokonaniu czynności unieważnienia postępowania, co jest niedopuszczalne.

Nakaz ścisłej interpretacji przepisu prawa zakłada odwołanie się przede wszystkim do zasad wykładni językowej. Izba ocenia, że niedopuszczalne jest interpretowanie pojęć zdefiniowanych w danym akcie prawnym w sposób sprzeczny z ich literalnym brzmieniem. Relatywizowanie treści definicji powodowałoby brak pewności uczestników danej sfery obrotu co do stanu prawa. Zgodnie z zasadami wykładni językowej jednakowym pojęciom należy w obrębie danego aktu prawnego nadawać takie samo znaczenie. Pojęcie „ceny oferty” w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, rozumieć należy zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 1 Pzp, stanowiącym *in initio*, „ilekroć w ustawie mowa jest o..” Zatem przy badaniu zaistnienia przesłanki

unieważnienia postępowania podatek od towarów i usług uwzględniać należy w cenie oferty jedynie w sytuacji, gdy zawarty jest on w kwocie, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić sprzedającemu.

Wykładnia językowa art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp potwierdza słuszność zarzutów odwołującego się.

Odstępstwo od zasad wykładni językowej może nastąpić w sytuacji, gdy jej zastosowanie prowadziłoby do nieracjonalnego i niesprawiedliwego rezultatu. Izba dokonała zatem wykładni celowościowej art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwzględnieniem całokształtu okoliczności faktycznych sporu oraz stanowisk stron. Celem przywołanej regulacji jest umożliwienie zamawiającemu unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza jego aktualne możliwości finansowe. Kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia określa granice ciężaru finansowego, który zamawiający jest w stanie ponieść zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku wyboru oferty wykonawcy, który jest płatnikiem podatku od towarów i usług nie budzi wątpliwości, że zamawiającego realnie, w sensie ekonomicznym, obciąża tak ciężar wynagrodzenia wykonawcy, jak i ciężar podatku od towarów i usług. Natomiast, w przypadku wyboru oferty wykonawcy, którego wynagrodzenia nie obciąża podatek od towarów i usług, wskazane jest w obecnym stanie prawnym szczególnie wnikliwe przeanalizowanie każdego przypadku. Wymagają tego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z przepisów prawa podatkowego wynika bowiem zróżnicowanie sytuacji zamawiających w tej mierze, uzależnione od faktu, czy zamawiający jest, czy też nie jest płatnikiem podatku od towarów i usług.

Odwołujący się wskazał, że zamawiający, jako aktywny podatnik podatku od towarów i usług jest w stanie rozliczyć wymagany podatek niejako „na papierze” a czynność rozliczenia nie generuje dla zamawiającego rzeczywistego obciążenia finansowego w wysokości należnego podatku. Zamawiający nie odniósł się do przywołanego stanowiska, mimo, że zostało wyrażone już w odwołaniu, zatem mógł i powinien to uczynić. Nie zaprzeczył też twierdzeniu odwołującego się, że w rozliczenie podatku od towarów i usług będzie miało w tym przypadku wyłącznie techniczny, matematyczny charakter. Nie zostały powołane argumenty ani dowody na twierdzenie przeciwne.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, a Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w czasie postępowania (art. 190 ust. 2 Pzp)

Wyniki postępowania przed Izbą nakazują zatem przyjąć, że czynność unieważnienia postępowania pozostaje w sprzeczności nie tylko z powołaną wykładnią literalną art.93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ale również z wykładnią celowościową. Czynność unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy zamawiający posiada środki w wysokości pozwalającej na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy niweczy *ratio legis* przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W okolicznościach sporu, odwołujący się złożył ofertę, która ekonomicznie jest dla zamawiającego najkorzystniejsza, a żądane wynagrodzenie nie przekracza kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Ustawodawca odróżnia kwotę, jaką zamawiający „zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (art. 86 ust. 3 Pzp) od kwoty, która zamawiający „może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (art. 93 ust. 1 pkt 4). Z różnic w treści przywołanych przepisów wynika obowiązek zamawiających oceny swoich możliwości finansowych w związku z realizacją danego zamówienia publicznego.

Nie uszło też uwadze Izby, że tak w rozstrzygnięciu protestu, jak i podczas rozprawy zamawiający konsekwentnie twierdził, że cena oferty odwołującego się przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem przesłanka unieważnienia postępowania wymaga, aby cena najkorzystniejszej oferty przekraczała kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający tymczasem nie oświadczył nawet, że w niniejszym postępowaniu kwoty te są takie same i zwiększenie przez niego wysokości posiadanych środków nie jest możliwe. Art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp ma na celu wyłączenie możliwości arbitralnego podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Zaistnienie przesłanek unieważnienia postępowania nie powinno być domniemywane przez Izbę. Jest to szczególnie istotne w okolicznościach sporu, gdyż ceny obydwóch złożonych ofert przyjęte przez zamawiającego do celów oceny ofert przekraczają kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 8 września 2008 r. sygn. akt: V Ca 1554/08 (niepubl.) wywiódł, że to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia istnienia przesłanek unieważnienia postępowania i ciężar ten w żadnym wypadku nie może być przeniesiony na wykonawcę.

Reasumując – zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp oraz art. 91 ust. 3 a Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp znalazły potwierdzenie.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie.

Zgodnie z art. 191 ust. 5 Pzp Izba nie może nakazać zawarcia umowy, nie jest też związana żądaniami, a jedynie zarzutami protestu (*arg. a contrario* z art. 191 ust. 3 Pzp). Izba na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. O kosztach Izba orzekła, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, w wysokości 3600 zł podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....