

Sygn. akt KIO 232/11

WYROK

z dnia 18 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 lutego 2011 r. przez „**Uzdrowisko Konstancin-Zdrój**” Sp. z o.o., ul. **Wierzejewskiego 15, 05-510 Konstancin-Jeziorna** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Fundacja Rozwoju Systemu Edukacji, ul. Mokotowska 43, 00-551 Warszawa,**

przy udziale **Agencji Rezerw Materiałowych, ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Uzdrowisko Konstancin-Zdrój” Sp. z o.o., ul. Wierzejewskiego 15, 05-510 Konstancin-Jeziorna i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Uzdrowisko Konstancin-Zdrój” Sp. z o.o., ul. Wierzejewskiego 15, 05-510 Konstancin-Jeziorna** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Uzdrowisko Konstancin-Zdrój” Sp. z o.o., ul. Wierzejewskiego 15, 05-510 Konstancin-Jeziorna** na rzecz **Fundacji Rozwoju Systemu Edukacji, ul. Mokotowska 43, 00-551 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Fundacja Rozwoju Systemu Edukacji 00-551 Warszawa, ul. Mokotowska 43 zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenia usługi hotelarsko - gastronomicznej w tym wynajem sal konferencyjnych z wyposażeniem podczas szkoleń dla młodzieży”, numer postępowania ZP-51/FRSE/2010.

W dniu 27 stycznia 2011 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wybierając do realizacji zamówienia wykonawcę Agencję Rezerw Materiałowych ul. Nowy Świat 6/12 00-400 Warszawa zwany dalej „Przystępującym”. Odwołanie od wyboru wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia złożył wykonawca „Uzdrowisko Konstancin - Zdrój” Sp.z o.o. 05-510 Konstancin - Jeziorna, ul. Wierzejewskiego 15 zwany dalej „Odwołującym”.

W złożonym odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 lub 2 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 2 pkt. 1 Ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agencji Rezerw Materiałowych oraz Polish Travel Quo Vadis Sp. z. O.O. i WAKE UP - szkolenia, konferencje i integracja Alicja Chylińska mimo, iż oferty te zawierały błędy w obliczeniu ceny,
2. art. 22 ust. 1 pkt. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że Wykonawca Agencja Rezerw Materiałowych spełnia warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia
3. art. 87 ust. 2 pkt. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych w zakresie poprawienia w ofercie Odwołującego pozycji 16 Szkolenie F-PL poprzez przeliczenie wartości brutto oferty na kwotę 27.195 zł podczas, gdy prawidłowe przeliczenie oferty w tym zakresie winno dać kwotę 26235,00 zł.

W zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący podniósł, że Wykonawca Agencja Rezerw Materiałowych w formularzu oferty na stronie 4 w pkt. 7 śniadania wraz z napojami, pkt 10 - kolacja wraz z napojami, pkt 11 - uroczysta kolacja wraz z napojami, oraz pkt 12 -grilli wraz z napojami do wyceny usługi zastosował nieprawidłową stawkę 8% podatku VAT zamiast prawidłowej stawki w wysokości 8 % i 23 % podatku VAT. Podobnie błędną stawkę podatku VAT w swej ofercie zastosował oferent WAKE UP - Szkolenia, Konferencje i Integracja Alicja Chylińska, który do ceny w postaci serwowania śniadania wraz z napojami, kolacji wraz z napojami, uroczystej kolacji wraz z napojami i zorganizowania grillu wraz z napojami zastosowała stawkę 8% podatku VAT zamiast prawidłowej stawki w wysokości 8% i 23 %. Oferta Polish Travel Quo Vadis Sp. z. o.o. również zawiera błędy w obliczeniu ceny bowiem do w/w usług zastosowała jedną stawkę podatku VAT w wysokości 23% zamiast dwóch stawek 8% i 23%.

Świadczenie usług jest opodatkowane stawką podstawową w wysokości 23% podatku VAT, chyba że przepis ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. 04.54.535) lub Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 grudnia 2010 roku w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U.10.246.1649) stanowi inaczej. Powyższy wyjątek dotyczy usług gastronomicznych. Zgodnie bowiem z treścią § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 grudnia 2010 roku w sprawie wykonywania niektórych

przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, usługi związane z wyżywieniem opodatkowane są stawką obniżoną podatku VAT w wysokości 8 % z wyłączeniem sprzedaży kawy i herbaty wraz z dodatkami do których należy stosować stawkę podstawową 23%. Przytoczył fragment decyzji w sprawie interpretacji prawa podatkowego 1401/HT1/4407/14-120/05/AŁ Izba Skarbowa w Warszawie w której wskazał ,że usługi gastronomiczne świadczone gościom w ramach restauracji hotelowej stanowią usługę towarzyszącą, o ile są świadczone jako część składowa wynajmu pomieszczenia (zakwaterowania) oraz wliczane do rachunku za hotel. Natomiast gdy cena za pokoi nie obejmuje wyżywienia, tak jak w przedmiotowej sprawie, a jedynie do rachunku za pobyt w hotelu, tj. za wynajem pomieszczenia doliczana jest wartość faktycznie wyświadczonych na rzecz gości usług gastronomicznych w restauracji hotelowej. Z analizy wymienionych wcześniej rozstrzygnięć wskazał również ,że w poprzednich postępowaniach Zamawiający odrzucał oferty wykonawców w oparciu o błędy w obliczeniu ceny jakie w tym postępowaniu popełnia Agencja Rezerw Materiałowych, Polish Travel Quo Vadis Sp. z. o.o. oraz WAKE UP - szkolenia, konferencje i integracja Alicja Chylińska. Stan prawny w zakresie podatków w oparciu o który zamawiający odrzucał oferty nie uległ zmianie. Brak jest zatem wytłumaczenia dlaczego w tym postępowaniu Zamawiający nie dokonał odrzucenia ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny w sytuacji kiedy we wcześniejszych postępowaniach Zamawiający zgodnie z literą prawa odrzucał oferty zawierające takowe błędy. Ponadto wskazał zarzut iż wskazana przez zamawiającego cena jako cena ryczałtowa nie znajduje w pełni odzwierciedlenia w ofercie odwołującego gdyż w formularzu ofertowym w tabeli nr 1 kolumna nr 3 znalazł się zapis dopisany przez wykonawcę, z którego wynika, że wysokość podatku oraz kwoty brutto będzie wynikać z przepisów obowiązujących w dacie powstania obowiązku podatkowego. Wobec tego Odwołujący wskazuje, że jego zdaniem nie mamy tutaj do czynienia z ceną ryczałtową w czystej postaci, określoną w SIWZ w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy. Podtrzymał takie same zarzuty w stosunku do kolumny 4 zał. nr 1 do SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł że zgodnie z Rozdziałem XVI SIWZ Opis Sposobu Obliczania Ceny pkt 1 i pkt 2 Wykonawca wyceni wszystkie elementy formularza oferty w formie ceny ryczałtowej za każdą jednostkę w Tabeli nr 1. Cena ta będzie zawierała koszt kompleksowej obsługi. Z kolei, W Tabeli nr 2 Wykonawca wyceni kompleksową obsługę każdego szkolenia. Cena ta będzie zawierała kompleksowy koszt szkolenia w tym noclegów, wyżywienia, przerw kawowych i wynajmu sal konferencyjnych wraz z wyposażeniem - zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ. Następnie wykonawca zsumuje te wartości i będą one stanowiły wartość oferty odpowiednio netto i brutto.

Mając na uwadze ww. zapisy SIWZ należy podkreślić, iż Zamawiający przyjął po pierwsze, iż cena w Tabeli nr 1, jaka została zastosowana w przedmiotowym postępowaniu, ma charakter ceny ryczałtowej częściowej, a po drugie, nie istnieją podstawy do odrzucenia oferty w związku z błędną stawką podatku od towarów i usług (VAT) podaną w ofercie przez wykonawcę.

Fakt, iż Zamawiający przyjął iż cena, jaka została zastosowana w przedmiotowym postępowaniu, ma charakter ceny ryczałtowej znajduje potwierdzenie nie tylko w Rozdział XVI SIWZ Opis Sposobu Obliczania Ceny, ale także w zapisach załącznika nr 4 do SIWZ- Istotne Postanowienia Umowy - § 2 Wynagrodzenie i płatności. Zgodnie bowiem z § 2 ust. 1 i ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy Wynagrodzenie ustala się według cen brutto określonych w formularzu ofertowym Wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Dodał że w wyniku doświadczeń dotyczących

z poprzednich przetargów gdzie wykonawcy proponowali wykonanie zamówienia za różne stawki podatku VAT, a nadto wskazywali na poparcie swoich stanowisk odmienne interpretacje organów podatkowych(I). Wykonawcy dysponując różnymi interpretacjami organów skarbowych tych samych stanów faktycznych pozbawili Zamawiającego możliwości weryfikacji w jakikolwiek sposób prawidłowości zastosowanych stawek podatku VAT. Tym samym, Zamawiający przyjął, iż cena w Tabeli nr 1, jaka została zastosowana w przedmiotowym postępowaniu, ma charakter ceny ryczałtowej częściowej, co z punktu widzenia charakteru tej ceny nie wymaga od niego weryfikacji podanych stawek podatku VAT. Z kolei, w formularzu oferty Zamawiający przewidział kwoty netto i brutto oraz stawki VAT z uwagi na przepisy regulujące treść ogłoszeń o udzieleniu zamówienia, gdzie konieczne jest wpisywanie kwot netto. Przywołał na poparcie swoich twierdzeń szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i ponadto na rozprawie dodał, że Zamawiający nie ma kompetencji prawnych do dokonywania weryfikacji podatku VAT Uważa również, iż KIO nie jest uprawniona do wydawania interpretacji podatkowych co do prawidłowości bądź nieprawidłowości zastosowanej przez wykonawcę stawki podatku VAT. Podaje, iż ceny jednostkowe zawarte w ofercie były cenami ryczałtowymi i dopiski pod tabelą nie mają żadnego znaczenia. W ofercie każdy z wykonawców podpisywał oświadczenie, iż po zapoznaniu się z SIWZ, jak również wzorem umowy, iż zamówienie wykona zgodnie z warunkami tam określonymi. W jedynym przypadku w umowie jest mowa o możliwości zmiany ceny - zawarta ona jest w zał. nr 4 par. 5 pkt 2, w którym to Zamawiający dopuszcza zmianę ceny w sytuacji ustawowej zmiany stawki podatku VAT, tak więc zmiana stawki ryczałtowej jest tylko możliwa, kiedy nastąpi zmiana podatku VAT dokonania w formie ustawowej. Wskazuje, że Zamawiający nie weryfikował w ofertach wskazanych przez wykonawców stawek podatku VAT, gdyż zaoferowane ceny przyjmował jako ceny brutto.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego oraz dodał, iż zarzut zmiany treści oferty do treści formularza podniesiony przez Odwołującego nie był podniesiony w odwołaniu, a tym samym nie może stanowić zarzutu i ponadto wskazuje, że dopisek pod tabelą drobnym drukiem odpowiada dokładnie treści par. 5 pkt. 2 umowy dotyczącej możliwości zmiany stawki podatku VAT w sytuacji zmiany ustawowej.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego uznania przez Zamawiającego, że wykonawca Agencja Rezerw Materiałowych spełnia warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, Odwołujący podał w uzasadnieniu zarzutu że zgodnie z Rozdziałem IX punktem 1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Ustawy w zakresie spełnienia m.in. kryterium wiedzy i doświadczenia. Zamawiający doprecyzował, że aby spełnić ten warunek Wykonawca musi wykazać, że wykonywał co najmniej dwie usługi (szkolenia, konferencje, seminaria itp.) trwające minimum 2 dni każde, w zakresie zapewnienia minimum noclegów i wyżywienia każde, dla co najmniej 30 osób każde i o wartości co najmniej 10.000,00 PLN brutto każde. Ocena spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, według SIWZ, miała być przeprowadzona w oparciu o przedłożone przez Wykonawcę dokumenty i oświadczenia. Agencja Rezerw Materiałowych do swej oferty załączyła wyłącznie wykaz usług, natomiast nie załączyła dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Pismem z dnia 14 stycznia 2011 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy wezwał wykonawcę -Agencję Rezerw Materiałowych do uzupełnienia dokumentów załączonych do oferty potwierdzających należyte wykonanie co najmniej dwóch usług potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na

w/w pismo, pismem z dnia 20 stycznia 2011 roku Agencja Rezerw Materiałowych załączyła dwie rekomendacje potwierdzające należyte i zgodne z zapisami w SIWZ wykonanie usług szkoleniowych wystawione Centrum Konferencyjno - Szkoleniowemu z siedzibą w Konstancinie -Jeziornie (05-510) ul. Sienkiewicza 11/13 oraz wyjaśniła, że złożenie oferty w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania przetargowego mieści się w czynnościach zwykłego zarządu, do wykonania których ww pełnomocnictwo zostało udzielone. Dokumenty załączone przez Agencję Rezerw Materiałowych potwierdzają należyte wykonanie usług przez inny podmiot, a mianowicie przez zlikwidowane Centrum Konferencyjno - Szkoleniowe w Konstancinie. Dlatego też, aby uznać te dokumenty za spełniające wymogi SIWZ i przepisów prawa -art. 22 ust. 1 pkt. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych, Wykonawca Agencja Rezerw Materiałowych musi wykazać, że ma prawo korzystać z referencji tego podmiotu. Wskazał że Agencja Rezerw Materiałowych nie wykazała, że oprócz majątku ruchomego nabyła również składniki niematerialne należące do podmiotu, którego referencje załączyła. Podniósł że zgodnie z porozumieniem z 22 grudnia 2010 r. i aneksem nr 1 do tego porozumienia z 31 grudnia 2010 r. w par. 1 ust. 1 do Agencji Rezerw Materiałowych przechodzi 25, a nie 26 pracowników, co wskazuje, iż 1 z pracowników nie stał się pracownikiem Agencji, a więc nie przeszli wszyscy pracownicy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zarzucił stanowisku odwołującego rozmijanie się z prawdą ,gdyż Zdaniem Zamawiającego Agencja Rezerw Materiałowych ma uprawnienia do powoływania się na referencje wystawione dla Centrum Konferencyjno-Szkoleniowego i w konsekwencji spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Centrum Konferencyjno-Szkoleniowe, jako gospodarstwo pomocnicze przy Ministerstwie Gospodarki, jak również Agencja Rezerw Materiałowych są podmiotami „prawa publicznego” statio fisci Skarbu Państwa. Tym samym nie można do nich stosować zasad określonych, chociażby w art. 55¹ kc.. Właściwymi do oceny przekształceń i ciągłości podmiotu są zasady „prawa publicznego” określone m.in. w ustawie o finansach publicznych, ustawie o gospodarce nieruchomościami i w innych „publicznych” aktach prawnych (m.in.: art. 87 i 89 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych Dz. U. Nr 157 poz.1241 z późn. zm.).

Kolejność zdarzeń i podejmowanych czynności, zdaniem Zamawiającego, jednoznacznie wskazuje, iż w przypadku Centrum Konferencyjno-Szkoleniowego nastąpiła tutaj, coś na podobieństwo znanej na gruncie prawa cywilnego, sukcesji prawnomajątkowej, a co za tym idzie sukcesji wiedzy i doświadczenia. Z racji specyfiki unormowań prawnych dotyczących mienia Skarbu Państwa nastąpiło to w taki, a nie inny sposób. Jednakże zdaniem Zamawiającego Agencja Rezerw Materiałowych w wystarczający sposób wyjaśniła i udowodniła przejęcie Centrum Konferencyjno-Szkoleniowego, w tym jego majątku, pracowników i in. składników materialnych i niematerialnych, które razem dają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odpierając zarzut Odwołującego, Zamawiający na rozprawie podał ,że powoływanie się przez Odwołującego na fakt przekazania do Agencji RM 25 zamiast 26 pracowników nie ma żadnego znaczenia dla powoływania się na wiedzę i doświadczenie. Wiedza i doświadczenie to zespół majątkowy – obiekty urządzenia i ludzie, a cały ten konglomerat został z Centrum przekazany do ARM

Odnośnie zarzutu trzeciego dotyczącego nieprawidłowego poprawienia przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego, odwołujący podniósł zarzut że

Zamawiający dokonał błędnego poprawienia w ofercie Odwołującego pozycji 16 Szkolenie F-PL poprzez przeliczenie wartości brutto oferty na kwotę 27.195 zł podczas, gdy prawidłowe przeliczenie oferty w tym zakresie winno dać kwotę 26235,00 zł. Podał, że w wyniku takiego poprawienia jego oferta jest droższa o około 900 złotych niż to by wynikało przy prawidłowej poprawie.

Zamawiający w zakresie wskazanego przez Odwołującego błędnego poprawienia w trybie art. 87 ust. 1 kwoty wskazuje, iż jego zdaniem wyliczenia są prawidłowe, a ewentualna korekta nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, ponieważ najtańsza oferta była tańsza od oferty wykonawcy o ponad 25 tys. zł. Wskazuje, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 2 dokonał poprawy tej omyłki i informował Odwołującego o dokonaniu tej poprawki. Odwołujący nie ustosunkował się do tej poprawki, lecz wniósł odwołanie i dopiero w odwołaniu wskazuje na nieprawidłowość dokonanej poprawy w ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stan faktyczny sprawy podany przez strony w pismach procesowych nie wymagał zdaniem Izby czynienia dodatkowych ustaleń, gdyż strony w tym zakresie podtrzymały zaprezentowane stanowiska.

Izba stwierdza, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 lub 2 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 2 pkt. 1 Ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach, Izba w pierw ustaliła iż zamawiający w sposób błędny zapisał zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt. 6 lub 2 . Zamawiający wyjaśnił, że w miejsce „lub” winno być wpisane „i”.

Zasadniczą kwestią dla rozstrzygnięcia tego zarzutu jest ustalenie, czy uwzględniony w cenie ofertowej podatek od towarów i usług może stanowić błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, a tym samym czy złożona oferta podlega odrzuceniu, oraz czy podlega badaniu przez Izbę prawidłowość zastosowania przez wykonawców, o których odrzucenie ofert wniósł Odwołujący, stawki podatku VAT.

Pojęcie błędu zgodnie z art. 84 kc wiąże się z mylnym wyobrażeniem składającego dane oświadczenie woli o prawdziwym stanie rzeczy. Dla wywołania określonych skutków prawnych ma znaczenie fakt istotności błędu tj. przypuszczeniu, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu to oświadczenia woli o konkretnej treści by nie złożył. Błąd w obliczeniu ceny nie jest błędem rachunkowym gdyż te podlegają ewentualnej poprawie w trybie art. 87 ust.2 ustawy pzp, lecz błędem w nieprawidłowym założeniu zasadności zastosowania pewnych stanów prawnych i na tej podstawie wyliczenia ceny. Ważną kwestią jest rozważenie czy błąd w ustaleniu ceny w zakresie podatku VAT jest błędem o którym mowa w art. 89 ust.1 pkt. 6 ustawy pzp. Zdaniem Izby błąd w obliczeniu ceny winien odnosić się

omyłek rachunkowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia a nie do wynikającej z przepisów prawa podatkowego stawki VAT.

Na etapie składania oferty, z perspektywy składającego, podatek od towarów i usług jest elementem kalkulacyjnym ceny, który należy uwzględnić przy ustalaniu ceny za wykonanie zamówienia. Podatek ten jest zatem w kalkulowany z należytą, wynikającą z profesjonalnego charakteru działalności starannością. Dlatego też nie ma wystarczających argumentów do wykazania, że zastosowana stawka podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny. Nie wynika to także wprost z żadnego przepisu ustawy. Zdaniem Izby nie wynika to również z art. 2 pkt 1 ustawy pzp który w zakresie ceny odsyła do definicji ceny, zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach. 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 podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Pojęcie "ceny" zgodnie z definicją zawartą w pierwszym zdaniu powołanego przepisu oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Powyższa definicja w istocie powtarza regulację zawartą w przepisach prawa podatkowego, które przewidują, że naliczenie i odprowadzenie podatku VAT obciąża wykonawcę jako podatnika i to on ponosi ryzyko i pełną odpowiedzialność z tego tytułu, w tym odpowiedzialność karnoskarbową. Powyższe wynika wprost z treści przepisu art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.)

Na wstępie dostrzec należy, że prawo zamówień publicznych służy ukształtowaniu przyszłego stosunku cywilnoprawnego pomiędzy podmiotami, z których przynajmniej jeden, jako jednostka sektora finansów publicznych jest zobowiązany do stosowania ustawy: zgodnie z treścią art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). W myśl natomiast przepisu art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dlatego też podstawowe kategorie pojęciowe takie jak oferta, oświadczenie woli nie posiadają odmiennego znaczenia na gruncie ustawy pzp, aniżeli nadaje im prawo cywilne. Podobnie, z uwagi na sporną w sprawie kwestię odnoszącą się do podatku od towarów i usług uznano, że prawo zamówień publicznych nie pozostaje w sprzeczności z zasadami i regulacjami odnoszącymi się do sfery podatkowego.

Podkreślenia wymaga, że brak jest podstaw do utożsamiania realizacji obowiązku podatkowego z treścią składanej oferty. Oferta – jako oświadczenie woli w rozumieniu prawa cywilnego zawiera istotne dla stron postanowienie, przy czym w zakresie przedmiotu zamówienia stanowi ona wyraz odpowiednio uzewnętrznionej woli wykonawcy wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami postawionymi w siwz. Natomiast element oferty jakim jest cena składa się na oświadczenie woli wykonawcy podlegające jego wyłącznej dyspozycji. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2002r. w sprawie o sygn. III RN 170/01, wskazane zostało, 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*. Wobec powyższego zdaniem Izby nie wydaje się zasadnym utożsamianie wskazania w

ofercie stawki albo obliczonej wysokości podatku od towarów i usług z błędem w obliczeniu ceny, skoro właściwa stawka podatku w sposób definitywny aktualizuje się w ramach wykonania umowy -wystawienia faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Czynność sprzedaży podlega opodatkowaniu a sprzedający ma obowiązek wystawić fakturę tj. dokument określający cenę netto, kwotę podatku i cenę brutto. Dlatego cena "do zapłaty" zawiera w sobie podatek, kształtujący jej wysokość. Obowiązek zastosowania prawidłowej stawki tego podatku odnosi się do momentu powstania zobowiązania podatkowego, a nie złożenia oferty. Treść art. 3 ust.1 ustawy o cenach zdaniem Izby wskazuje, że podanie stawki podatku VAT na etapie tworzenia ceny, wyczerpuje warunek aby daną kwotę wyrażoną w jednostkach pieniężnych uznać za cenę którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Jedynym uprawnionym do ustalenia stawki VAT na dany towar lub usługę jest jej wystawca, decyzja w tym zakresie - podlega kontroli organów skarbowych oraz sądów. Oznacza to że przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem podatnika - wystawcy faktury – wykonawcy. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego iż Krajowa Izba odwoławcza nie jest organem uprawnionym do interpretacji prawa podatkowego.

Ponadto Izba wskazuje, że dokonywanie rozstrzygnięcia o zastosowaniu odpowiedniej lub nieodpowiedniej przez wykonawcę stawki VAT, może przynieść wykonawcom szkodę majątkową. Rozstrzygnięcia Izby w tym zakresie nie korzystają z powagi rzeczy osądzonej, tym samym w trakcie kontroli danego wykonawcy przez organ skarbowy może być ustalony podatek VAT w innej stawce niż to orzekła Izba. W tej sytuacji podatnik nie tylko będzie zobowiązany zapłacić ustalony przez organy skarbowe podatek wraz z odsetkami, ale jeszcze może podlegać odpowiedzialności karno - skarbowej. Tym samym należy wskazać, że zgodnie z zasadą legalizmu w państwie prawa uprawnienie działania organów władzy publicznej wynika z ustawy którą tej władzy nadane są uprawnienia i ich zakres. Oznacza to, iż organy władzy publicznej nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej tych działań, zawartej w odpowiednich przepisach kompetencyjnych. Za tezą z uzasadnienia wyroku KIO 125/11 Izba wskazuje *„decyzje administracyjne wydawane przez organy podatkowe podlegają kontroli, w ramach kontroli działalności administracji publicznej, przez sądy administracyjne, która obejmuje m.in. rozpoznawanie skarg na decyzje administracyjne (art. 3 § 2 pkt 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi)* że ustawodawca nie przyznał zamawiającemu, ani wprost Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencji do rozstrzygnięcia sporów w zakresie prawa podatkowego. Stosowanie domniemania kompetencji przez organa państwowe, jest niedopuszczalne. Ponadto Izba wskazuje, że nawet wyjaśnienia i opinie Ministra Finansów oraz interpretacje organów skarbowych nie wiążą podatnika co do obowiązku zastosowania danej stawki podatku VAT, mają one charakter wyjaśnień oraz stanowią wskazanie dla podatnika jak w danym przypadku można interpretować przepisy prawa podatkowego. Tak więc nawet interpretacje organów podatkowych nie mogą narzucać podatnikowi obowiązku zastosowania konkretnej stawki podatkowej. Kontrola prawidłowości, zastosowania właściwej stawki podatku VAT jest możliwa i dopuszczalna dopiero od momentu wystawienia faktury VAT przez wykonawcę, ma ona charakter następczy i dokonują jej wyłącznie organy podatkowe i organy kontroli skarbowej oraz sąd. W takiej sytuacji Izba podnosi, że wnioskowanie o prawie Krajowej Izby Odwoławczej w oparciu o przepis art. 1194 §1 kpc do orzekania co do wszystkich elementów stanu faktycznego mającego

znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, w tym również co do zaproponowanej przez wykonawców stawki podatku VAT nie znajduje pełnego uzasadnienia.

W tym miejscu należy zdaniem Izby wskazać na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006r., w sprawie o sygn. III CZP 54/06, gdzie stwierdzono, „że podatek od towarów i usług jest elementem ceny, tym samym zastosowanie właściwej stawki podatku objęte jest sferą dyspozytywności wykonawcy” Dlatego też żaden organ państwa nie może narzucić wykonawcy, zastosowania konkretnej stawki podatku VAT, a kontroli podlega dopiero prawidłowość jej zastosowania.

W przedmiotowym zarzucie Izba podaje iż Zamawiający wskazując, w rozdziale XVI SIWZ Opis Sposobu Obliczania Ceny pkt. 1 i pkt. 2 „wykonawca wyceni wszystkie elementy formularza oferty w formie ceny ryczałtowej za każdą jednostkę. Tak ustalona cena będzie zawierała koszt kompleksowej obsługi”, Zamawiający przyjął iż cena, jaka została zastosowana w przedmiotowym postępowaniu, ma charakter ceny ryczałtowej co znajduje potwierdzenie również w zapisach załącznika nr 4 do SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy - § 2 Wynagrodzenie i płatności.

Zgłaszanie przez Odwołującego zarzutów iż z formularza oferty nie wynika wprost iż cena jest ceną ryczałtową, gdyż stosunku do kolumny 3 i 4 zał. nr 1 do SIWZ podano możliwość zmiany zaoferowanej ceny Izba wskazuje że zarzut ten nie może polegać na rozstrzygnięciu gdyż nie został zawarty w odwołaniu a dopiero podniesiony w trakcie rozprawy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił do oceny ofert, cenę brutto. Dla ustalenia wpływu takiej ceny na cenę oferty nie ma znaczenia stawka podatku VAT, zamawiający bierze pod uwagę tylko końcową wielkość tej ceny. Fakt uwzględnienia określonej stawki podatku przy wskazaniu w ofercie wysokości podatku od towarów i usług nie ma wpływu na zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym nieuzasadnione jest roztrząsanie prawidłowości zastosowania określonej stawki podatku VAT. Izba stwierdza, że brak jest podstaw do przypisywania decydującego znaczenia stawce zastosowanego podatku VAT, przy uwzględnieniu ceny brutto oferty i ryczałtowej formy wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia

Równocześnie Zamawiający przyjmując formę rozliczenia ryczałtowego, wykluczył możliwość żądania przez wykonawcę podwyższenia należnego wynagrodzenia.

Tym samym Izba nie stwierdza naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp w zakresie podanym w zarzucie pierwszym odwołania.

Odnośnie zarzutu drugiego dotyczącego spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, Izba stwierdza że również ten zarzut nie znalazł potwierdzenia. Warunek wykazania się przez wykonawcę posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia jest warunkiem podmiotowym w realizacji którego, wykonawca winien wykazać zdolność do wykonania zamówienia. Celem postawionego warunku udziału, jest zapewnienie wyłonienia wykonawcy, mogącego zrealizować należycie zamówienie, czyli takiego który wykaże się realizacją zamówienia o podobnym co do złożoności, wielkości i charakterze co przedmiot zamówienia - KIO/UZP 563/09. Odwołujący wskazał, że Przystępujący przedłożył wymagane przez siwz dokumenty jednakże dotyczyły one wykonania usług szkoleniowych wystawionych na Centrum Konferencyjno - Szkoleniowe z siedzibą w Konstancinie -Jeziornie (05-510) ul. Sienkiewicza 11/13, a nie na Przystępującego. Izba nie negując ustaleń faktycznych podanych przez odwołującego wskazała, że w świetle zgromadzonego materiału brak jest podstaw do stwierdzenia ,że wybrany wykonawca nie posiada wiedzy i doświadczenia

niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia pomimo iż przedkłada referencję wystawioną na inny podmiot. Pojęcie „wiedza” zawiera know-how, jak i tajemnice firmy, natomiast przez „doświadczenie” należy natomiast rozumieć wcześniejsze świadczenie usług na bazie firmy w znaczeniu przedmiotowym, które pokrywają się z usługami objętymi postępowaniem o zamówienie publiczne.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje formalizm, jednakże formalizm stosowany przy ocenie i wyborze ofert, nie może on być podstawą wyboru oferty jako najkorzystniejszej. Ofertą najkorzystniejszą jest bowiem ta która przy zachowaniu reguł uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest najkorzystniejsza w sensie cenowym oraz w zakresie spełniania parametrów technicznych przedmiotu zamówienia opisanych w siwz, a nie ta która jest najbardziej poprawna pod względem spełnienia wymogów formalnych / KIO 145/11/ . Dlatego też biorąc pod uwagę specyficzny fakt reorganizacji budżetowych gospodarstw pomocniczych w wyniku którego dotychczasowa jednostka pn. Centrum Konferencyjno- Szkoleniowe w Konstancinie Jeziornie zostało przekształcone w Agencję Rezerw Materiałowych Izba stwierdza ,że występują uzasadnione przesłanki zarówno merytoryczne jak i formalno – prawne aby uznać iż mamy *de facto* sytuację, kiedy nowo powstały podmiot wchłania podmiot poprzednio istniejący i to zarówno w zakresie nieruchomości, ruchomości oraz niemalże w 100% w zakresie zatrudnionych pracowników. Działalność gospodarcza Przystępującego prowadzona obecnie - zgodnie z oświadczeniem, jest tożsama z działalnością prowadzoną pod poprzednim szyldem. Odwołujący w tym zakresie nie wykazał żadnego dowodu przeciwnego. Działalność wykonawcy pod nazwą Agencja Rezerw Materiałowych jest tożsamą z działalnością prowadzoną poprzednio tj. Centrum Konferencyjno- Szkoleniowe w Konstancinie Jeziornie. Odbывается to na bazie tego samego majątku oraz jest wykonywany przez ten sam personel. Należy zauważyć że Odwołujący nie podniósł zarzutu iż Przystępujący nie posiada wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia , lecz podnosił tylko brak spełniania przez Przystępującego warunku formalnego – legitymowania się referencjami wystawionymi na jego rzecz.

Izba wskazuje że określone przez Zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia. Artykuł 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. . Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy **spełniają** podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia.

Zdaniem Izby powyższy przepis uprawnia Izbę do badania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, a nie tylko do kontroli formalnej przedłożonych referencji czy wykazu wykonanych dostaw, usług czy robót budowlanych. Celem tego badania winno być ustalenie czy wybrany wykonawca niewykazujący się w sposób formalny – za pomocą wskazanych w siwz dokumentów daje rękojmi należytej realizacji zamówienia publicznego. Żądanie Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, również zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt .2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaofferowany w ofercie nie odpowiada

przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, KIO/UZP 1105/08, czego Izba w przedmiotowym postępowaniu nie stwierdziła biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że w tej specyficznej sytuacji przekształcenia przedsiębiorstwa wykonawcy zasadne jest uznanie złożonych przez niego referencji jako uzasadniających potwierdzenie spełniania warunku o którym mowa w art. 22 ust.1 pkt.2 ustawy pzp.

W zakresie zarzutu trzeciego Izba stwierdza, że Odwołujący podniósł tylko zarzut nieprawidłowej poprawy przez Zamawiającego jego oferty w zakresie pozycji 16 w formularzu Szkolenie F-PL, nie wskazując na czym jego zdaniem polega błąd. Zamawiający oświadczył, że dokonał poprawy wartości oferty przy pomocy formularza EXELA i dokonana poprawa jest prawidłowa, Odwołujący został o poprawie jego wyliczeń poinformowany przez Zamawiającego jednak fakt ten podniósł dopiero w odwołaniu. Izba ustaliła że ewentualna korekta ceny oferty odwołującego nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zamówienia gdyż korekta dotyczyłaby kwoty około 900 zł, a różnicą pomiędzy ceną oferty odwołującego a ofertą wybraną wynosiła ponad dwadzieścia pięć tysięcy złotych, tym samym zgodnie z treścią art. 192 ust.2 Izba stwierdza, że nie uwzględnia przedmiotowego zarzutu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w całej niniejszej sprawie nie miało miejsca, a tym samym skutkowało oddaleniem odwołania.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 p.pkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....