

WYROK
z dnia 7 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Katarzyna Ronikier – Dolańska

Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05.01.2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24.12.2010 r. przez wykonawcę „**100” Agencja Tłumaczeń Joanna Małgorzata Baraniecka, ul. Targowa 15 lok. 97, 03-727 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe usługi w zakresie tłumaczeń pisemnych (w tym przysięgłych) i ustnych (konsekwentnych i symultanicznych) dokumentów Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w 2011 r.”

przy udziale wykonawcy „**Busy B Services” Michał Dariusz Butscher, ul. Grzybowska 77, 00-844 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jak również nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

1

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**100” Agencja Tłumaczeń Joanna Małgorzata Baraniecka, ul. Targowa 15 lok. 97, 03-727 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez **Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** na rzecz „**100” Agencja Tłumaczeń Joanna Małgorzata Baraniecka, ul. Targowa 15 lok. 97, 03-727 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 7 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2765/10

Zamawiający – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe usługi w zakresie tłumaczeń pisemnych (w tym przysięgłych) i ustnych (konsekwentnych i symultanicznych) dokumentów Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w 2011 r.” (znak sprawy DBA-24-53/10).

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **22.11.2010 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1/2010 pod pozycją 378360.

W dniu **20.12.2010 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego m.in. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na obliczenie ceny przy uwzględnieniu błędnej stawki podatku VAT.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24.12.2010 r.** podpisane przez Joannę Małgorzatę Baraniecką prowadzącą jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą Joanna Małgorzata Baraniecka „100” Agencja Tłumaczeń.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie jego oferty.

Tym samym Odwołujący wniósł o:

- uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- uznanie oferty nr 7 złożonej przez Odwołującego się za najkorzystniejszą pod względem ceny i za prawidłowo złożoną i wyliczoną, tj. nie zawierającą błędów w obliczeniu ceny i uznanie, że stawka podatku VAT wyliczona przez Odwołującego była prawidłowo wyliczona na dzień złożenia oraz otwarcia oferty, a także przy uwzględnieniu okresu wykonania usługi tj. od 3 stycznia 2011 roku do dnia 31 grudnia 2011 roku;
- dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym z uwzględnieniem oferty Odwołującego zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 20 grudnia 2010 roku przekazał wyniki przedmiotowego przetargu, z których wynika, że oferta nr 7 złożona przez Odwołującego została odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zdaniem Zamawiającego, Odwołujący błędnie obliczył cenę poprzez wskazanie złej stawki podatku VAT.

Odwołujący podniósł, iż w dniu 30 listopada 2010 roku została opublikowana ustawa z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług, która m.in. zmienia wartość obowiązującej do 31 grudnia 2010 roku stawki podatku od towarów i usług VAT z 22% na 23%.

Odwołujący wskazał ponadto, iż zgodnie z warunkami wskazanymi w SIWZ, Zamawiający wymagał, aby zamówienie zostało zrealizowane w terminie od 3 stycznia 2011 roku do dnia 31 grudnia 2011 roku, a zatem w roku, w którym będzie obowiązywać podatek od towarów i usług w wysokości m.in. 23% (w tym na usługi tłumaczeniowe). Zgodnie z tak określonymi warunkami Odwołujący przygotował ofertę zgodnie ze stawkami VAT, które będą obowiązywać na usługi tłumaczeniowe w 2011 roku.

W świetle wyżej wskazanych okoliczności oraz obowiązujących przepisów prawa, w ocenie Odwołującego, jego oferta została bezpodstawnie i bezprawnie odrzucona. Ponadto Odwołujący wskazał, iż faktem powszechnie znanym była informacja - podawana w prasie, w serwisach internetowych oraz w radiu i telewizyjnych serwisach informacyjnych - że z dniem 1 stycznia 2011 roku stawki podatku VAT ulegną zmianie, w tym stawki VAT od towarów i usług wynoszących 22% wzrosną do 23%. Złożył on więc ofertę w dniu 30 listopada 2010 r. tj. w dniu, w którym zostały opublikowane zmiany obowiązujące od dnia 1 stycznia 2011 roku

dotyczące stawek podatku VAT. Zatem oferta została złożona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i nie powinna zostać odrzucona. Zdaniem Odwołującego nie można pominąć faktu, iż jego oferta nawet przy wyliczeniu wyższej stawki podatku VAT tj. 23% była ofertą najkorzystniejszą cenowo, przy czym w przedmiotowym postępowaniu przetargowym cena oferty stanowiła 80% oceny wagi ofert. Oferta Odwołującego uzyskałaby 71,20% na 80%, podczas gdy oferta wybrana przez Zamawiającego uzyskała w kryterium ceny 61,20%. Pozostałych 20% wagi stanowiła ocena próbki tłumaczenia, która w momencie odrzucenia mojej oferty nie została uwzględniona. Wymaga także podkreślenia, zdaniem Odwołującego, iż oferta jako najkorzystniejsza oferta została wybrana, która za próbkę tłumaczenia uzyskała zaledwie 16 punktów na 20 możliwych.

Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2010 roku, w sprawie za sygn. akt: KIO 2194/10, w którym Izba uznała, iż utożsamianie pojęcia błędu w obliczeniu ceny z błędną stawką podatku od towarów i usług jest nieuprawnione. Błąd w obliczeniu ceny powinien odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy

4

wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń), a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki podatku, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie). W konsekwencji zasadnym jest wniosek o uznanie, że wskazanie stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego należy również podkreślić, iż Zamawiający nie określił w SIWZ wysokości stawki podatku VAT wg którego ma zostać obliczona cena brutto usługi.

Odwołujący wskazał, że jak zaznaczono powyżej, gdyby jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta Odwołującego to wszelkie konsekwencje wynikające z ewentualnego błędu w wyliczeniu stawki podatku - co w jego ocenie przy złożeniu oferty przez Odwołującego nie miało miejsca - poniósłby Wykonawca, a nie Zamawiający.

Wobec powyższego wniósł on o uznanie oferty nr 7 złożonej przez Odwołującego, tj. „100” Agencja Tłumaczeń Joanna Małgorzata Baraniecka za najkorzystniejszą cenowo i prawidłowo złożoną zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ oraz ponowne rozpatrzenie i porównanie ofert w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowe usługi w zakresie tłumaczeń pisemnych (w tym przysięgłych) i ustnych (konsekwentnych oraz symultanicznych) w 2011 roku.

W dniu **27.12.2010 r.** wykonawca „Busy B Services” Michał Dariusz Butscher, ul. Grzybowska 77, 00-844 Warszawa zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

W dniu **29.12.2010 r.** Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w

5

ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, w oparciu o przywołaną jako dowód w toku rozprawy symulację punktową, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazania dokonania powtórnego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodu przywołanego przez Odwołującego w toku rozprawy, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny poprzez wskazanie złej stawki podatku VAT Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający przedmiotem zamówienia jest kompleksowe usługi w zakresie tłumaczeń pisemnych (w tym przysięgłych) i ustnych (konsekwentnych i symultanicznych) dokumentów Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w 2011 r. Izba ustaliła również, iż zgodnie z pkt 5 „Termin realizacji zamówienia” Części I „Postanowienia ogólne” SIWZ Zamawiający wymagał aby zamówienie zostało zrealizowane w terminie od 3 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 2 „Opis sposobu obliczenia ceny” Części IV „Procedura postępowania dotycząca wyboru oferty najkorzystniejszej” SIWZ wskazał, że:

- 2.1. Cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.
- 2.2. Cena winna być podana cyfrowo i słownie w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
- 2.3. Rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
- 2.4. Wykonawca, dokonując kalkulacji warunków cenowych swoich ofert jest zobowiązany do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji z zastrzeżeniem, iż cena oferty nie może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsekwencją złożenia oferty z rażąco niską ceną jest jej odrzucenie – zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, iż Wykonawcą „100” Agencja Tłumaczeń Joanna Małgorzata Baraniecka na w formularzu ofertowym złożonej w postępowaniu oferty w następujący sposób określił poszczególne ceny jednostkowe:

Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem na następujących warunkach cenowych:

I. Tłumaczenia pisemne – przetłumaczenie jednej strony (=1800 znaków ze spacjami), z języka polskiego na język obcy oraz z języka obcego na język polski w trybie:

1. zwykłym

cena netto 1,00 zł

słownie jeden złoty zero groszy

podatek VAT 0,23 zł

słownie dwadzieścia trzy grosze

cena brutto 1,23 zł

7

słownie jeden złoty dwadzieścia trzy grosze

2. pilnym

cena netto 35,00 zł

słownie trzydzieści pięć złotych zero groszy

podatek VAT 8,05 zł

słownie osiem złotych pięć groszy

cena brutto 43,05 zł

słownie czterdzieści trzy złote pięć groszy

3. ekspresowym

cena netto 37,00 zł

słownie trzydzieści siedem złotych zero groszy

podatek VAT 5,51 zł

słownie osiem złotych pięćdziesiąt jeden groszy

cena brutto 45,51 zł

słownie czterdzieści pięć złotych pięćdziesiąt jeden groszy

4. super ekspresowym

cena netto 40,00 zł

słownie czterdzieści złotych zero groszy

podatek VAT 9,20 zł

słownie dziewięć złotych dwadzieścia groszy

cena brutto 49,20 zł

słownie czterdzieści dziewięć złotych dwadzieścia groszy

5. tłumaczenie przysięgłe (jedna strona = 1125 znaków ze spacjami)

cena netto 50,00 zł

słownie pięćdziesiąt złotych zero groszy

podatek VAT 11,50 zł

słownie jedenaście złotych pięćdziesiąt groszy

cena brutto 61,50 zł

słownie sześćdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt groszy

II. Tłumaczenie pisemne – przetłumaczenie jednej strony (=1800 znaków ze spacjami), z języka obcego na język obcy w trybie:

1. zwykłym

8

cena netto 60,00 zł

słownie sześćdziesiąt złotych zero groszy

podatek VAT 13,80 zł

słownie trzynaście złotych osiemdziesiąt groszy

cena brutto 73,80 zł

cena brutto siedemdziesiąt trzy złote osiemdziesiąt groszy

2. pilnym

cena netto 70,00 zł

słownie siedemdziesiąt złotych zero groszy

podatek VAT 16,10 zł

słownie szesnaście złotych dziesięć groszy
cena brutto 86,10 zł
słownie osiemdziesiąt sześć złotych dziesięć groszy

3. ekspresowym
cena netto 75,00 zł
słownie siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy
podatek VAT 17,25 zł
słownie siedemnaście złotych dwadzieścia pięć groszy
cena brutto 92,25 zł
słownie dziewięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia pięć groszy

4. super ekspresowym
cena netto 90,00 zł
słownie dziewięćdziesiąt złotych
podatek VAT 20,70 zł
słownie dwadzieścia złotych siedemdziesiąt groszy
cena brutto 110,70 zł
słownie sto dziesięć złotych siedemdziesiąt groszy

III. Tłumaczenia ustne – tłumaczenie podczas jednej godziny zegarowej:

1. tłumaczenie konsekutywne
cena netto 80,00 zł
słownie osiemdziesiąt złotych zero groszy
podatek VAT 18,40 zł
słownie osiemnaście złotych czterdzieści groszy

9

cena brutto 98,40 zł
słownie dziewięćdziesiąt osiem złotych czterdzieści groszy

2. tłumaczenie symultaniczne
cena netto 250,00 zł
słownie dwieście pięćdziesiąt złotych zero groszy
podatek VAT 57,50 zł
pięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy
cena brutto 307,50 zł
słownie trzysta siedem złotych pięćdziesiąt groszy

Zamawiający we wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 4 do SIWZ) i tym samym Odwołujący w formularzu ofertowym złożonej w postępowaniu oferty zawarł następujący zapis: „UWAGA !!! Wykonawca zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowanej stawki podatku VAT innej niż stawka podstawowa, lub zwolnienia z w/w podatku”.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 20.12.2010 r. znak DBA-24-53/10 zatytułowanym „Ogłoszenie o wyniku postępowania” poinformował wykonawców m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż zawierała błędy w obliczeniu ceny (źle wyliczony podatek VAT).

Odwołujący w treści odwołania oraz w toku rozprawy wskazał, iż ze względu na publikację w dniu 30 listopada 2010 r. ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2010 r. Nr 226, poz. 1476), która wprowadzała z dniem 1 stycznia 2011 r. stawkę podstawową podatku od towarów i usług w wysokości 23% oraz ze względu na fakt, iż Zamawiający wymagał, aby zamówienie było zrealizowane od 3 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. przygotował ofertę ze stawkami VAT, które będą obowiązywać na usługi tłumaczeniowe w 2011 r.

Izba wskazuje, iż wskazana przez Odwołującego ustawa z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2010 r. Nr 226, poz. 1476) nie wprowadza zmian dotyczących podstawowej stawki podatku od towarów i usług.

Izba wskazuje również, iż ogłoszenie ustawy wprowadzającej od 1 stycznia 2011 r. zmiany stawek podatku VAT nie nastąpiło, jak wskazał Zamawiającego w toku rozprawy, w dniu 14 grudnia 2010 r., lecz w dniu 17 grudnia 2010 r. (Dz. U. z dnia 17 grudnia 2010 r. Nr

238, poz. 1578).

Zmiana podstawowej stawki podatku od towarów i usług określonej w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) z 22% na 23% nastąpiła w oparciu o art. 19 pkt 5 ustawy z dnia 26

10

listopada 2010 r. z zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. z dnia 17 grudnia 2010 r. Nr 238, poz. 1578).

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie określił szczegółowo sposobu obliczenia ceny, jak również nie zawarł zapisów dotyczących ustalenia podatku od towarów i usług. Postanowienia SIWZ zawierają jedynie wskazanie, że cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i winna być podana cyfrowo i słownie w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Tym samym należy wskazać, iż Zamawiający, poza powyższymi wskazówkami, pozostawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia pełną dowolność w ukształtowaniu ceny ofertowej.

Izba wskazuje, iż wypracowaną przez doktrynę i orzecznictwo regułą jest, że przy ustalaniu (obliczaniu) ceny ofertowej zastosowanie mają przepisy podatkowe obowiązujące w dniu składania ofert. Nie sposób jednak doszukać się normatywnych podstaw do uznania, iż kształtowanie ceny ofertowej winno nastąpić w oparciu o przepisy podatkowe z dnia składania ofert, w szczególności takiego przepisu brak jest w ustawie Pzp. Ponadto jak każda reguła czy zasada i powyższa znajduje wyjątki od jej stosowania. Uzasadnione odstępstwo od powyższej reguły możemy znaleźć w sytuacji wynikającej ze zmian przepisów prawa podatkowego. Należy wskazać w pierwszej kolejności, iż oferta jest propozycją zawarcia w przyszłości umowy o określonej treści i na określonych zasadach. Przedmiotem świadczenia wynikającym z przyjęcia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy jest realizacji w okresie od 3 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. kompleksowych usług w zakresie tłumaczeń pisemnych i ustnych. Powyższe oznacza, iż powstanie obowiązku podatkowego, w rozumieniu art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), który jest związany z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi, nastąpi w chwili obowiązywania ustawy o podatku od towarów i usług w brzmieniu nadanym nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 26 listopada 2010 r. z zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. z dnia 17 grudnia 2010 r. Nr 238, poz. 1578), która wprowadziła z dniem 1 stycznia 2011 r. stawkę podstawową podatku od towarów i usług w wysokości 23%.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż okoliczność ta może mieć wpływ na sposób ustalania ceny przez wykonawcę. Po pierwsze przyjęcie, iż niezależnie od istniejących okoliczności faktycznych i prawnych, w każdym wypadku wykonawca jest obowiązany do określenia ceny ofertowej w oparciu o przepisy podatkowe obowiązujące w momencie składania ofert, ograniczałoby prawo wykonawcy do swobodnego kształtowania ceny, jak również do ukształtowania tej ceny w taki sposób aby uczynić zadość jego obowiązkom podatkowym jako podatnika. Po drugie działanie takie należałoby uznać za

11

sprzeczne z regułami wyliczania i ustalania stawki podatku od towarów i usług, gdyż ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług powstanie obowiązku podatkowego wiąże dokonaniem czynności faktycznej obejmującej, co do zasady, wydanie towaru lub wykonanie usługi, nie zaś z momentem ustalania ceny za towar czy usługę lub momentem zawarcia umowy przewidującej realizację świadczenia, z którego realizacją następuje konieczność naliczenia i odprowadzenia podatku. Wykonawcy mają prawo, ustalając cenę ofertową, kalkulować również wszelkie ryzyka mające lub mogące mieć wpływ na ich zobowiązania podatkowe a tym samym na wielkość należnego im wynagrodzenia. Do ryzyk tych zaliczyć należy planowane zmiany przepisów podatkowych mogące mieć wpływ na ich przyszłe zobowiązania. Wynika to m.in. z faktu, iż dla podatnika podatku od towarów i usług rzeczywistym przychodem jest, ze względu na istniejące prawo do odliczenia podatku należnego o podatek naliczony, wartość netto otrzymanego wynagrodzenia. Tym samym Izba w oparciu o ustalony w niniejszym postępowaniu stan faktyczny podzieliła pogląd Odwołującego, co do możliwości takiego skalkulowania ceny, jak również co do braku

wplywu ujęcia w zaoferowanych w postępowaniu cenach przez poszczególnych wykonawców różnych stawek podatku VAT na porównywalność cenową ofert.

W przypadku niniejszego sporu, biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego, nie zachodzi możliwość naruszenia zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek oceny ofert, w których cena uwzględnia różne stawki podatku od towarów i usług (22% i 23% VAT). Zatem nie sposób również zgodzić się z argumentem Zamawiającego, podniesionym w odpowiedzi na odwołanie i w toku rozprawy, że musiał dokonać oceny ofert zgodnie z treścią SIWZ, czyli zgodnie z aktualnym stanem na dzień złożenia ofert, jak również że działanie przeciwne naraziłoby Zamawiającego na zarzut sprzyjania nieuczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wynika to z faktu, iż SIWZ w materii sposobu obliczenia ceny i tym samym stosowania stawki podatku VAT, jak również umowa w zakresie dotyczącym formy i ewentualnej niezmienności wynagrodzenia oraz w zakresie ewentualnych zmian umowy w przypadku zmiany obowiązujących przepisów podatkowych nie zawierają żadnych postanowień.

Swoboda wykonawcy w kalkulowaniu ryzyka gospodarczego może dotyczyć również zmian należności podatkowych, w szczególności w sytuacji gdy Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ sposobu kalkulacji ceny ofertowej jak również nie zawarł zapisów dotyczących podatku od towarów i usług. Daje to wykonawcy uprawnienie do takiego skalkulowania ceny ofertowej aby uwzględnić planowane zmiany przepisów podatkowych i tym samym uprawnia wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do określenia ceny ofertowej z uwzględnieniem podatku w wysokości zgodnej z przepisami podatkowymi z chwili powstania obowiązku podatkowego, tj.

spełnienia świadczenia – nawet w przypadku jeżeli zmiany te znajdują się na etapie prac legislacyjnych.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ww. ustawy o podatku od towarów i usług podstawą opodatkowania, jest co do reguły, obrót, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie. Obrotem, zgodnie z art. 29 ust. 1 zdanie drugie ustawy o podatku od towarów i usług, jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Następnie w kolejnym zdaniu czytamy, iż kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy. Zdanie czwarte art. 29 ust. 1 ww. ustawy stanowi, że obrót zwiększa się o otrzymane dotacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze mające bezpośredni wpływ na cenę (kwotę należną) towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika, pomniejszone o kwotę należnego podatku. Powyższa regulacja stanowi, iż w rozumieniu ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług pojęcie „cena” jest utożsamiane i używane zamiennie z pojęciem „kwota należna”. Jednocześnie poprzez obrót (wartość netto), stanowiący podstawę opodatkowania, należy rozumieć kwotę należną z tytułu sprzedaży (kwotę brutto – a zatem cenę) pomniejszoną o kwotę należnego podatku.

Powyższe wskazuje, iż punktem wyjścia do określenia wartości podatku jest wartość brutto (cena – kwota należna) i to ona *de facto* stanowi bazę do określenia zobowiązania podatkowego. Zatem zmiana stawki podatku nie wpływa na zmianę kwoty należnej (ceny) lecz powoduje przesunięcia pomiędzy wartością netto (podstawą opodatkowania) a wartością podatku. Oznacza to również, iż w przypadku braku określenia w SIWZ sposobu obliczenia ceny i braku zapisów dotyczących podstaw ustalania podatku od towarów i usług nie sposób uznać, iż wskazanie w ofertach przez wykonawców cen z różnymi stawkami podatku VAT (22% i 23%) może przesądzać o nieporównywalności cenowej ofert. Należy również podnieść, iż wypracowanie przez doktrynę i orzecznictwo pojęcie „porównywalności cenowej ofert” nie znajduje bezpośredniego przełożenia w przepisach ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny Izba podzieliła podniesiony przez Odwołującego w toku rozprawy argument, iż dla oceny punktowej ofert istotne znaczenie ma jedynie określona w ofertach wykonawców cena – wartość brutto i bez znaczenia dla oceny ofert jest wartość netto oraz wartość podatku od towarów i usług.

Wskazać także należy, iż ocenie w oparciu o kryteria oceny ofert podlegać będzie cena – a więc kwota brutto, zatem biorąc pod uwagę określony w art. 29 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług sposób ustalania wartości podatku VAT oraz podstawy opodatkowania, ewentualne różnice w stawce podatku nie mogłyby wpłynąć w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na porównywalność cenową ofert i tym samym na kwalifikację punktową złożonych w postępowaniu ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na fakt, iż wykonawca ten ustalając

13

cenę oferty określił wartość podatku od towarów i usług w oparciu o stawkę tego podatku wynoszącą 23%.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

14