Sygn. akt IV Ca 429/10

w P t. V Y

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lipca 2010r.

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie Wydział IV Cywilny-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący-Sędzia SO Grażyna Kramarska (spr.)

Sędzia SO Elżbieta Gajewska
Sędzia SO Wojciech Szcząska
Protokolant Kinga Zielińska

po rozpoznaniu w dniu 20 lipca 2010 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania wniesionego przez Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang w Szwajcarii

z udziałem Zamawiającego „Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o. w Warszawie o zamówienie publiczne

na skutek skargi Zamawiającego „Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o. w Warszawie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie z dnia 2 marca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 217/10

Urszula Bluszcz

/■'i

Sygn. akt IVCa 429/10

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 marca 201 Or. w sprawie o sygn. KIO/UZP 217/10 krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang w Szwajcarii od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego „Koleje Mazowieckie- KM" Sp. z o.o. w Warszawie protestu z dnia 22 stycznia 2010r. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Postępowanie dotyczyło udzielenia zamówienia publicznego na dostawę 16 sztuk nowych, czteroczłonowych elektrycznych zespołów' trakcyjnych. W dniu 12 stycznia 2010r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Stadler Bussnang AC} z siedzibą w Bussnang jednocześnie informując też o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (dalej ustawa pzp). Wobec czynności unieważnienia postępowania Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang wniosła najpierw protest a następnie odwołanie zarzucając Zamawiającemu przede wszystkim naruszenie przepisów[7]: art. 93 ust. **1** pkt 4 ustawy pzp w związku z art. 2 pkt 1 ustawy pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach przez bezprawne unieważnienie postępowania mimo, że cena najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu nie przekracza kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, art.

7 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez nieudzielanie zamówuenia odwołującemu się mimo, ze jego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą a nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania oraz art. 91 ust. 3a ustawy pzp w związku z. art. 2 pkt 1 ustawy pzp i w związku z art. 2 pkt 7 i art. 9 ust. 1 ustawy z. dnia 1 1 marca 2004r. o podatku od towarów[7] i usług przez zastosowanie tego przepisu w celu oceny spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania, który to przepis ustawy pzp nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Zdaniem Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang zostały naruszone też przepisy art.

8 ust. 1, art. 86 ust. 3 i art. 94 ustawy pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W rezultacie odwołujący się wnosił o unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania i o udzielenie mu zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł, że jest spółką mającą siedzibę w[7] Szwajcarii, która nie jest członkiem Unii Europejskiej, nie należy też do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, do strefy Euro oraz do strefy VAT UE, w związku z czym realizacja przedmiotu zamówienia nie będzie podlegać opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Cena netto złożonej przez niego oferty jest jednocześnie ceną brutto. Stanowi ja^ kwota 76 640 000 F4.1R- niższa niż kwota, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Doliczenie do tej ceny kwoty podatku VA1, do którego rozliczenia zobowiązany jest Zamawiający, narusza literalne i

bu>i

yĄ? Jednoznaczne brzmienie przepisów; w szczególności art. 2 pkt 1 ustawy pzp fjjwUoraz art. 91 ust. 3a ustawy pzp, gdyż przepis ten dotyczy jedynie wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów. Odwołujący powołał zasady wykładni literalnej, konieczność jednakowej interpretacji pojęcia ..cena[1]' zgodnie z definicją z art. 2 pkt 1 ustawy pzp wskazując dodatkowo, że Zamawiający w szczególności nie miał prawa w celu zbadania przesłanki unieważnienia postępowania doliczyć do ceny oferty odwołującego się elementów; które nie stanowią składnika tej ceny - kwoty podatku VAT, do którego rozliczenia zobowiązany jest Zamawiający - gdyż przepis art. 91 ust. 3a ustawy pzp winien być stosowany tylko w celu oceny oferty a nie w celu oceny

spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania. Odwołujący się powołał się też na zasadę neutralności podatku VAT wskazując, że kwota podatku VAT 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 EUR, ale jednocześnie będzie uprawniony do odliczenia kwoty podatku naliczonego w tej samej wysokości i w konsekwencji nie będzie ponosić jakichkolwiek obciążeń w zakresie podatku VAT w związku z zawarciem umowy z odwołującym, w szczególności nie będzie zobowiązany do odprowadzenia podatku VAT do Urzędu Skarbowego. Oznacza to, że w celu sfinansowania zamówienia

Zamawiający winien dysponować jedynie kwotą 76 640 000 EUR.

Zamawiający w dniu 29 stycznia 20 lOr. oddalił protest Stadler Bussnang

AG w całości wskazując, że przyjęty przez niego sposób oceny ofert w zakresie kryterium ceny jest zgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców'. Ograniczenie rozwiązania przyjętego w art. 91 ust. 3a ustawy pzp jedynie do oferentów pochodzących z Unii Europejskiej powodowałoby nieuzasadnione faworyzowanie wykonawców mających siedzibę w krajach, które nie są członkami Unii. 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. Podniósł też, że treść S1WZ była znana wykonawcom a Stadler Bussnang AG nie wniósł wobec niej środków ochrony prawnej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w załączniku nr 1 do SIWZ - „Formularz, oferty" - Zamawiający podał, iż 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 sam będzie zobowiązany odprowadzić do właściwego Urzędu Skarbowego. W piśmie z dnia 23 grudnia 2009r. Zamawiający wyjaśnił treść formularza oferty podając; że w przypadku, gdy ofertę składa wykonawca, który

/

Z '

/'/

f ;•

u

na podstaw ie odrębnych przepisów nie jest zobowiązany do uiszczenia poda\iyęi\ VAT w Polsce, w formularzu ofertowym wpisuje cenę netto a zamawiający^ postąpi zgodnie z przepisem art. 91 ust. 3a ustawy pzp. W odpowiedzi na pytanie Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang Zamawiający w pismach z dnia 29 grudnia 2009r. podał, że wyjaśnienie zawarte w piśmie z dnia 23 grudnia 2009r. obejmuje sytuację, w której zostaną spełnione dwie przesłanki wskazane przez Stadler Bussnang AG t.j.: 1) ofertę składa wykonawca, który na podstawie odrębnych przepisów nie jest zobowiązany do uiszczenia podatku VAI w Polsce i 2) wybór oferty tego wykonawcy spowoduje powstanie obowiązku podatkowego Zamawiającego w zakresie dotyczącym wew'nątrzwspólnotowego nabycia towmrów. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 267 860 000 zi. co stanowi równowartość 69 087 720, 20 euro a bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 79 233 149, 07 euro brutto stanowiącą równowartość kwoty 326 789 200 zł. brutto. Cena ofertowa Stadler Bussnang AG to kwota 76 640 000 euro netto (zarazem cena brutto), cena drugiego wykonawcy - wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S. A. Holding i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki" S. A. to kwota

75 200 000 euro netto oraz brutto (po doliczeniu podatku VAT) 91 744 000 euro. W toku oceny ofert Zamawiający doliczył do ceny Stadler Bussnang AG podatek VAT, który miałby odprowadzić do Urzędu Skarbowego w kwocie 16 860 800 euro i do porównania ofert przyjął cenę jego oferty w kwocie 93 500 800 euro.

Krajowa izba Odwoławcza uznała za niesporne między stronami, że cena netto i cena brutto oierty Stadler Bussnang AG są w takiej samej wysokości oraz ze ewentualne zawarcie umowy z Odwołującym się spowoduje powstanie obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego z tytułu importu towarowa Zgodnie z definicją z art. 2 pkt 1 ustawy pzp cena oferty zawiera podatek VAT, jeżeli jego wartość jest płacona przez zamawiającego wykonawcy. Jedyny wyjątek od lej zasady zawiera przepis art. 91 ust. 3a ustawy pzp, zgodnie z którym jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego na podstawie przepisów o podatku od towarów i usług w zakresie wewnątrz.wspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oierty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek zapłacić. Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi zdaniem Izby do wniosku, ze 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 wewnątrzwspolnotowe nabycie towarów i jedynie dla celów oceny oierty. Stan prawny dotyczący powstania obowiązku podatkowego zamawiającego w zakresie podatku od towarow i usług z tytułu innego niż wewnątrzwspolnotowe nabycia towarow pozostał poza regulacją ustawową. Z przepisu art. 7 ust. 1

A/ ,• . . .

/ ustaw V pzp wwmkąat lundamentalne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasada równego traktowania wykonawców-' i zasada uczciwej konkurencji. Skoro właśnie w celu ich realizacji ustawodawca zastrzegł obowiązek zamawiającego doliczenia do ceny przedstawionej w ofercie kwoty podatku VAT w przypadku wewnątrzw-spólnotowego nabycia towarów., to brak takiej możliwości w przypadku innego niż wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów (zwanego importem towarów) daje wykonawcom nie posiadającym siedziby na terenie państwa Wspólnoty istotną przewagę konkurencyjną. Jest to stan praw ny, co do którego, zdaniem Izby, można twierdzić, że gdyby ustawodawca działał racjonalnie taki stan objąłby regulacją ustaw'ową. Wobec oceny, że zaistniała luka w prawne, którą można określić ..techniczną luką w' prawie", Izba uznała, że w celu jej usunięcia należy sięgnąć do w nioskowania przez analogię tzn. należy zastosować do nieuregulowanego stanu rzeczy (braku obowiązku zamawiającego doliczenia do przedstawionej w ofercie ceny podatku VAT, który zamawiający miałby obowiązek zapłacić z tytułu importu towarów) przepisu art. 91 ust. 3a ustawy' pzp. W związku z powyższym Izba uznała za prawidłowy sposób obliczenia ceny oferty Stadler Bussnang AG dla potrzeb oceny ofert. Wybór najkorzystniejszej oferty (ocena ofert) i unieważnienie postępowania stanowią odrębne czynności zamawiającego. Brak jest zdaniem

Izby możliwości zastosowania analogii i doliczenia do ceny oferty podatku od towarów i usług na potrzeby stosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawę/ pzp. Przesłanki unieważnienia postępowania tworzą bowiem katalog enumeratywny i podlegają ścisłej interpretacji, gdyż stanowią wyjątek unicestwiający cel

prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest zawarcie urnowy w sprawie zamówienia publicznego. Nakaz ścisłej interpretacji zakłada odwołanie się przede wszystkim do zasad wykładni językowej, zgodnie z którymi jednakowym pojęciom należy w obrębie danego aktu prawnego nadawać takie samo znaczenie. Pojęcie „ceny oferty" zawarte w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp należy rozumieć zgodnie z treścią definicji z art. 2 pkt 1 ustawy pzp. co oznacza, że przy badaniu istnienia przesłanki unieważnienia postępowania podatek od towarów i usług należy uwzględniać w cenie oferty jedynie w sytuacji, gdy zawarty jest w kwocie, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić sprzedającemu. Izba dokonała też wykładni celowościowej przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp uznając, że celem tej regulacji jest umożliwienie zamawiającemu unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza jego aktualne możliwości finansowe t.j. przekracza kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przypadku wyboru oferty wykonawcy, który jest płatnikiem podatku od towarów i usług, zamawiającego realnie - w' sensie ekonomicznym - obciąża zarówno ciężar wynagrodzenia wykonawcy jak i ciężar podatku od towarów i usług. Zamawiający nie odniósł się do przedstawionych przez Odwołującego się twierdzeń dotyczących tego, że /.amawlajęey jako aktywny

podatnik podatku od towarów i usług jest w stanie rozliczyć wymagany podatek^ „.z4 od importu towarów niejako „na papierze" a czynność rozliczenia nie generuju, /'?

dla niego rzeczywistego obciążenia finansowego w wysokości należnego .....

podatku. **1** ym samym zdaniem Izby unieważnienie przez Zamawiającego postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający posiada środki w wysokości pozwalającej na zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy niweczy ratio legis przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Izba zwróciła też uwagę, iż rozstrzygając protest Zamawiający powoływał się na to, że cena oferty Odwołującego się przekracza kwotę, jaką Zamawiający **zamierza** przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdy przesłanką unieważnienia postępowania jest to, by cena najkorzystniejszej oferty przekraczała kw'otę, jaką Zamawiający **może** przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający jednak nie podnosił, że obie powyższe kwoty są tożsame i że nie jest możliwe zwiększenie posiadanych przez niego środków na sfinansowanie zamówienia.

Od wyroku z dnia 2 marca 2010r. skargę wniósł Zamawiający skarżąc wyrok w całości i wnosząc o zmianę wyroku poprzez oddalenie odwołania Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang. Skarżący zarzucił nierozpoznanie istoty sprawy poprzez błędne odniesienie się do zarzutów' merytorycznych Stadler Bussnang AG dotyczących w szczególności naruszenia przepisów' art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 7 ust. 1 i 3, art. 93 ust. 1 pkt 4 i art.

188 ust. 7 ustawy pzp oraz art. 33 ust. 4 i art. 86 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 1 1 marca 2004r. o podatku od towarów i usług. Zdaniem Skarżącego naruszone zostały też przepisy postępowania (bez ich wskazania) poprzez błędne utożsamianie twierdzeń faktycznych i środków dowodowych przywoływanych na ich poparcie z twierdzeniami co do wykładni przepisów prawa materialnego oraz także przepisy prawa materialnego podatkowego i ustawy prawo zamów ień publicznych (bez ich wskazania) poprzez ich biedną wykładnię prowadząca^ do biednego ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty nie przekracza kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia, wskutek czego KIO wadliwie nakazała Skarżącemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania, podczas, gdy przy prawidłowym zastosowaniu przepisów prawa odwołanie powinno zostać oddalone. Skarżący podniósł, że zgodnie z art. 33 ust. 1 ustawy o VAT podatnicy dokonujący importu towarów są zobowiązani do obliczenia i wykazania w zgłoszeniu celnym kwoty podatku KAT, stosownie zaś do ust. 4 tego przepisu dodatkowo do wpłacenia kw-oty obliczonego podatku w terminie 10 dni od daty zawiadomienia przez organy celne o wysokości należności podatkowych. Skarżący zatem będzie obciążony

podatkiem VAT z tytułu importu towarów ze Szwajcarii w kwocie odpowdadającej równowartości 16 860 800 14 17. który będzie musial fizycznie

wpłacić do urzędu celnego. Dokonane przez Izbę przeciwne ustalenie narusza przepis art. 33 ust. 4 tej ustawy, lym samym Skarżący będzie musial dysponować kwotą 93 500 800 14.47, na którą składa się wynagrodzenie należne Przeciwnikowi skarci (76 640 000 14 47) oraz podatek KA I (16 860 800 PT 47)

podlegając) wpłacie do urzędu, choć Skarżący będzie uprawnione na późniejszym etapie do uzyskania zwrotu podatku VAT naliczonego z. tytułu importu towarów ze Szwajcarii. Możliwość rozliczenia importu towarów poprzez mechanizm reoerse charge dotyczę jedynie towarów objętych procedurą uproszczona^ której zastosowanie obwarowane jest wieloma warunkami, których spełnienie w przypadku Skarżącego nie będzie możliwe. W celu zastosowania procedury uproszczonej niezbędne jest uzyskanie pozwolenia Dyrektora Izby Celnej a czas oczekiwania na jego uzyskanie obecnie wynosi około jednego roku. Dlatego w przypadku, gdyby Skarżący nie miał możliwości zawarcia umowy z agencją celną posiadającą stosowne pozwolenie (co jest wysoce prawdopodobne, gdyż agencje celne nie zawierają umów w odniesieniu do procedur uproszczonych w przypadku, gdy transakcja ma jednorazowy charakter), Skarżący nie mógłby zastosować procedury uproszczonej. Dodatkowo w celu skorzystania z procedury uproszczonej niezbędne będzie ustanowienie zabezpieczenia na rzecz organów podatkowych a z uwagi na obecną sytuację Skarżącego otrzymanie takiej gwarancji może okazać się niemożliwe. Wskazując na naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych Skarżący podniósł, że zastosowanie wykładni literalnej godzi w podstawowe zasady tej ustawy t.j. zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w niemal jednakow-ej sytuacji, gdy Skarżący zobowiązany jest do zapłacenia podatku od towarów i usług (w przypadku wykonawcy krajowego- w cenie a w przypadku importu dostaw-'- odpowiedniemu urzędowi) ustawodawca nakazuje zamawiającemu zachowywać się odmiennie ze względu na brak dostatecznej percepcji i antycypacji zdarzeń, które w toku postępowania o udzielenie zamówienia mogą wystąpić. Zdaniem Skarżącego stanowisko KIO jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż, w celu uniknięcia niekorzystnych skutków

luki prawnej KIO godzi się na dopuszczenie wnioskowania przez analogię i zastosowanie mechanizmu ocenę ofert przewidzianego na wypadek wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów do importu towarów; jednak w przypadku oceny przesłanek unieważnienia postępowania nie przeprowadza dogłębnej analizy problemu opierając się na błędnych założeniach, że importer-Skarżący nie będzie zobowiązane do realnej zapłaty podatku VAT. Dokonana przez KIO wykładnia celowościowa art. 93 ust. ł pkt 4 ustawy pzp pomija ratio legis wprowadzenia tego przepisu, którym jest ochrona zamawiających przed nabywaniem usług, dostaw lub robót budowlanych w sytuacji, gdy mogłoby to godzić w jego interes finansowy z uwagi na brak dostatecznej wielkości środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia.

Po wydaniu wyroku przez KIO i po upływie terminu do jego zaskarżenia w piśmie z dnia 19 maja 20lOr. (k. 321- 330) swe przystąpienie do udziału w sprawie zgłosił Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołując się na treść przepisu art. 198b ust. 4 zd. 2 i 3 ustawy pzp oraz art. 60 S 1 k.p.c., wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania.

Postanowieniem z dnia 20 lipę a 201 Or. Sąd Okręgowy Warszawa- Praga w\- Warszawie odmówił Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych dopuszczenia do udziału w sprawie. Zgodnie z treścią przepisu art. 198b ust. 4 zd. 2 ustawy pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może nie tylko wnieść skargę na orzeczenie KIO, lecz także przystąpić do toczącego się postępowania, przy czym do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks

postępowania cywilnego o prokuratorze. Przepis ten obowiązuje od dnia 29 stycznia 201 Or. Wcześniej jego odpowiednikiem był przepis art. 195 ustawy pzp dający Prezesowo Urzędu Zamówień Publicznych uprawnienie do wniesienia skargi na orzeczenie KIO i nakazujący stosować w takim przypadku do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Zmiana została dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która w art. 4 stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w- życie niniejszej ustawy oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie zostało wszczęte w dniu 19 listopada 2009r. a zatem przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej ustawę pzp, w związku z czym przy ocenie możliwości przystąpienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do udziału w sprawie należy stosować przepisy dotychczasowe - obowiązujące przed datą 29 stycznia

201 Or. Wskazuje na to jednoznaczne określenie, ze przepisy dotychczasowe należy stosować „do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy". Użycie przez ustawodawcę ogólnego sformułowania: „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego" oznacza w tym przypadku, że bez żadnych wyłączeń do wszelkich etapów tego postępowania (w tym do szczegółowo wymienionych jego etapów dotyczących protestów , odwołań i skarg), jeśli zostało ono wszczęte przed datą wejścia w życie ustawy zmieniającej, należy stosować przepisy w brzmieniu dotychczasowym. Przy tak określonym zakresie stosowania przepisów dotychczasowych brak było potrzeby formutow-ania szczególnego przepisu dotyczącego wyłącznie udziału Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w postępowaniu przed Sadem rozpoznającym skargę uczestnika postępowania od wyroku KIO, o ile ustawodawca nie zamierzał wy łączyć spod tej zasady akurat udziału Prezesa Urzędu w tym postępowaniu. Brak takiego wyłączenia sprawia, ze wbrew ogólnej zasadzie bezpośredniego stosowania ustawy' od daty jej wejścia w życic, przepis art. 198b ust. 4 ustawy pzp zgodnie z wola ustawodawcy wyrażoną w przepisach międzyczasowych, obowiązuje w- postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych w dacie 29 stycznia 201 Or. oraz po tej dacie. Z treści dotychczas obowiązującego przepisu art. 195 ustawy' pzp mówiącego o stosowaniu do czynności podejmowanych

przez'Prezesa Urzędu odpow iednio przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze, także nie można wywieść

uprawnienia Prezesa Urzędu do przystąpienia do udziału w sprawie w inny sposób niż poprzez wniesienie skargi na orzeczenie KIO. Co prawda art. 60 § I k.p.e. stanowi, że prokurator może wstąpić do postępowania w każdym jego stadium, nie jest związany z żadną ze stron, może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie, jednak odesłanie do stosowania przepisów[7] Kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze w przepisie dającym Prezesowi Urzędu legitymację do wniesienia skargi na orzeczenie KIO (w kolejnym zdaniu po zdaniu mówiącym o wnoszeniu skargi) oznacza zdaniem Sądu Okręgowego, że wyłącznie do czynności Prezesa Urzędu związanych z wniesioną przez niego skarga^ na takie orzeczenie należy odpowiednio stosować przepisy o prokuratorze, w tym przepis art. 60 § 1 k.p.e., nie oznacza zaś, że Prezes Urzędu, jeśli nie wniesie skargi na orzeczenie KIO, może przystąpić do udziału w sprawie na podstawie art. 195 ustawy pzp. Taką możliwość stworzył dopiero przepis art. 198b ust. 4 zd. 2 ustawy pzp, który jednak - jak wcześniej wspomniano - nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy odmówi! Prezesowo Urzędu dopuszczenia do udziału w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Zamawiającego „Koleje Mazowieckie- KM" Sp. z o.o. w Warszawie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 4 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zastosowanie w niniejszej sprawie winny znaleźć przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed datą 29 stycznia 2010r., co w szczególności skutkuje występowaniem w przepisach art. 86 ust. 3 ustawy pzp i art. 93 ust. I pkt 4 ustawy pzp zwrotów o różnej treści: „kwota, jaką zamawiający **zamierza** przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia" i „kwota, jaką zamawiający **może** przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia", które przez Skarżącego w niniejszej sprawie często używane są zamiennie (po zmianie ustawy brzmienie powyższych pojęć w obu przepisach zostało ujednolicone - występuje pojęcie „kwota, jaką zamawiający **zamierza** przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia").

Przy bezspornym stanie faktycznym niniejszej sprawy spór dotyczy w istocie interpretacji przepisów prawa - ustawy pzp: art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 3a pod kątem możliwości zastosowania przewidzianego w tym ostatnim przepisie doliczenia do ceny oferty podatku od towarów i usług obciążającego zamawiającego. Zamawiający dla potrzeb oceny oferty wykonawcy Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang dostrzegając lukę w prawie zastosował per analogiam przepis art. 91 ust. 3a ustawy pzp mimo, że zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu miałby on zastosowanie wyłącznie w sytuacji. gd\

wybór oierty wykonawcy prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabyeką., towarów, a nabycie towarów od Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang ' nie stanowiłoby wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów tylko import towarów (choć także powodowałoby powstanie obowiązku podatkowego Zamawiającego w zakresie podatku VAT). Prawidłowość dokonania takiej wykładni przepisu art. 91 ust. 3a ustawmy pzp (niekwestionowanej zresztą przez Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang) pozostaje jednak poza sferą badania Sądu Okręgowego, gdyż czynność oceny ofert (wyboru oferty najkorzystniejszej) przy zastosowaniu przepisu art. 91 ust. 3a ustawą' pzp nie była przedmiotem zaskarżenia na żadnym etapie postępowania (vide art. 198 ust. 4 ustawy pzp).

Należy jednak zwrócić uwagę na to, że z treści przepisu art. 91 ust. 3a ustawy pzp wynika, że zamawiający może w sytuacji określonej w hipotezie tego przepisu doliczyć do przedstawionej w ofercie ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek zapłacić, w celu oceny takiej oferty a zatem dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (vide art. 91 ust. 1- 3 ustawy pzp). Z treści tego przepisu nie daje się zatem wywnieść wyrost uprawnienia zamawiającego do doliczenia obciążającego go podatku VAT do ceny oferty przy czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawą[7] pzp. Czynność oceny ofert i czynność unieważnienia postępowania są bowiem różnymi czynnościami zamawiającego i gdyby wolą ustawodawcy było umożliwienie zamawiającemu doliczenia podatku VAT do ceny oferty także przy czynności unieważnienia postępowania, to znalazłoby to wyraz w treści przepisu art. 91 ust. 3a ustawą pzp lub w treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Przepis art. 93 ust. I pkt 4 ustawy pzp umożliwia zamawiającemu unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy **cena** najkorzystniejszej oferty

przewyższa kwotę, która zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Rację ma Przeciwmik skargi twierdząc, że pojęcie ceny jest legalną i jasną definicją, nie podlegająca interpretacji, zawartą w przepisie art. 2 ust. 1 ustawę pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipea 200 lr. o cenach, zgodnie z którymi cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacie przedsiębiorcy za towar lub usługę, w cenie uw-zględnia się podatek od towarów i usług, jeśli na podstawie odrębnych

przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu tym podatkiem. Ceną w niniejszej sprawie jest więc kwota, która Zamawiający zobowiązany jest zapłacić wykonawcy w realizacji umowy w przedmiocie zamówienia publicznego i zawiera ona podatek VAI tylko w sytuacji, gdy podatek ten zobowiązany jest uiścić wykonawca z tytułu sprzedaże towarow. Jeśli zas wykonawca nie jest obciążony podatkiem VAT z tytułu sprzedażą' towarow a

obciążony jest nim - z tytułu nabycia towarów..... wykonawca, to w cenie oierty

nie może bęc uwzględniony ten podatek, bo nie jest on wówczas składnikiem cenę czyli należności zamawiającego wobec wykonawcę; Jakie rozumienie

pojęcia cena skutkowało dodaniem w art. 91 szczególnej regulacji (ustęp 3a)

•[x] pozwalającej na dokonanie przez zamawiającego zabiegu matematycznego polegającego na doliczeniu do ceny (rozumianej jako należność zamawiającego wobec wykonawcy z tytułu umowy sprzedaży) podatku VAT obciążającego zamawiającego. Taka regulacja nie została jednak powtórzona przez ustawodawcę w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, nie uprawnia on zatem zamawiającego do doliczenia do ceny oferty podatku VAT, jakim obciążone jest

nabycie przez niego towarów- (import towarów).

Zdaniem Sądu Okręgowego brzmienie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp jest jednoznaczne i nie pozwala na nadawanie temu przepisowi innego znaczenia niż wynikające z jego literalnej wykładni - podstawą unieważnienia postępowania może być tylko taka sytuacja, gdy **cena** najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Słusznie podnosi Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang, że wykładnia językowa ma pierwszeństwo zastosowania a inne reguły mają zastosowanie wówczas, gdy językowa nie daje jednoznacznego wyniku (co w niniejszej sprawie nie ma miejsca). Przypisywanie użytemu w tym przepisie pojęciu „cena" innego znaczenia niż wynikające z definicji z art. 2 ust. 1 ustawy pzp oznaczałoby interpretację przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp contra legem.

Za całkowicie chybiony należy uznać zarzut skargi mówiący o tym, że zastosowanie takiej wykładni literalnej godzi w podstawowe zasady tej ustawy t.j. zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w niemal jednakowej sytuacji, gdy Skarżący zobowiązany jest cło zapłacenia podatku od towarów i usług (w przypadku wykonawcy krajowego- w cenie a w przypadku importu dostaw- odpowiedniemu urzędowi) ustawodawca nakazuje zamawiającemu zachowywać się odmiennie. Możliwość doliczenia (lub nie) przez zamawiającego podatku VAT dla potrzeb oceny istnienia przesłanek unieważnienia postępowania z przyczyn określonych w art. 93 list. 1 pkt 4 ustawy pzp w żadnym bowiem razie nie wpływa na realizację uprawnień wykonawców do uczestniczenia w postępowaniu na zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż do unieważnienia postępowania z tych przyczyn dochodzi na etapie, gdy został już dokonany wybór oferty najkorzystniejszej a więc, gdy „konkurencja" między wykonawcami została zakończona (tak jak w niniejszej spraw ie, gdy doszło już do „prawomocnego" wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż czynność oceny ofert nie została zaskarżona).

Sąd Okręgowy podziela też pogląd Przeciwnika skargi dotyczący konieczności ścisłego interpretowania przepisu art. 93 ustawy pzp z tego względu, że określa on przesłanki unicestwienia postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego (vide też cytowane przez niego orzeczenia - przypisy na k. 340). Oznacza to, że unieważnienie postępowania może nastąpić w\łącznie z

przyczyn wskazanych w tym przepisie bez możliwości rozszerzenia zamkniętego katalogu tych przyczyn. Umożliwienie zamawiającemu doliczenia do ceny oferty podatku VAT w celu ustalenia, czy istnieją przesłanki unieważnienia postępowania mimo, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp tego nie przewiduje, stanowiłoby obejście zakazu rozszerzającej wykładni tego przepisu, gdyż powodowałoby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nie przewidzianej przez ustawodawcę.

Przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp jest sytuacja, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W niniejszej sprawie Skarżący powołuje się na to, że cena oferty Stadler Bussnang AG z siedzibą w Bussnang przekracza kwotę wskazaną przez niego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy pzp jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Brak jest jednak argumentacji przemawiającej za tym, że kwota, którą Skarżący zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest tożsama z kwotą, którą może na ten cel przeznaczyć i że Skarżący nie może uzyskać dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia, na którego priorytetów)' charakter sam przecież się powoływał.

Wobec dokonania przez Sąd Okręgowy wykładni przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp uznającej za niedopuszczalne doliczenie przez Zamawiającego podatku VAT do ceny oferty dla potrzeb oceny istnienia przesłanek unieważnienia postępowania, a tym samym uznania, że nie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka unieważnienia postępowania wskazana przez Zamawiającego, dyskusja dotycząca neutralności podatku VAT oraz sposobu rozliczenia przez Zamawiającego podatku VAT obciążającego go z tytułu importu towarów w związku z realizacją przedmiotu zamówienia ma w niniejszej sprawie drugorzędne znaczenie, nie może bowiem wpłynąć na treść rozstrzygnięcia. Nie można jednak nie zauważyć, że Skarżący w żaden sposób nie wykazał, że nie będzie możliwe w jego przypadku zastosowanie instytucji reverse charge dla rozliczenia podatku od importu towarów w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia - jego stanowisko w tym przedmiocie opiera się wyłącznie na przypuszczeniach.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy oddalił skargę Zamawiającego na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy pzp. O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy pzp i art. 98 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 ustawy pzp oraz § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę

ustanowionego z urzędu.

SEKRETARZ sądowy