

## UCHWAŁA

Dnia 20 października 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Zbigniew Kwaśniewski (przewodniczący)

SSN Anna Kozłowska (sprawozdawca)

SSN Grzegorz Misiurek

w sprawie ze skargi zamawiającego Powiatu K.  
przeciwko S. sp. z o.o. z siedzibą w T.  
przy uczestnictwie interwenienta ubocznego Bogusława K. prowadzącego  
działalność gospodarczą pod firmą P.  
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.  
z dnia 2 marca 2011 r., sygn. Akt [...],  
po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym  
w dniu 20 października 2011 r.,  
zagadnienia prawnego przedstawionego  
przez Sąd Okręgowy  
postanowieniem z dnia 31 maja 2011 r.,

„Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29.01.2004 – Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) i jest podstawą do odrzucenia oferty?”

podjął uchwałę:

**Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.).**

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą „Montaż systemu solarnego w budynku Domu Pomocy Społecznej w K.” Zamawiający, Powiat K., odrzucił ofertę wykonawcy, „S.” sp. z o.o. z siedzibą w T., z powołaniem się na art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej: „p.z.p.”), jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny polegający na wskazaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT. Od tej czynności Zamawiającego odwołanie złożył Wykonawca dowodząc, że Zamawiający powinien był w specyfikacji istotnych warunków zamówienia umieścić swoje wymagania również co do podatku VAT, czego nie uczynił. Ponadto, zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT nie stanowi błędu w rozumieniu powołanego na wstępie przepisu.

Wyrokiem z dnia 2 marca 2011 r. wydanym w sprawie [...], Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty skarżącego wykonawcy, „S.” sp. z o.o. z siedzibą w T. oraz powtórzenie czynności badania ofert i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty dzieląc, co do zasady, argumentację Wykonawcy. Zdaniem KIO, przepis art. 89 ust.1 pkt 6 p.z.p., który stanowił podstawą prawną odrzucenia oferty, ma zastosowanie wówczas, gdy obliczając cenę, wykonawca nie zastosował się do sposobu jej obliczenia wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym uzyskał inną cenę niż gdyby postępował zgodnie ze wskazówkami zamawiającego. Poza tym obliczenie i odprowadzenie podatku VAT obciąża wyłącznie wykonawcę i on z tego tytułu ponosi odpowiedzialność. Wskazana w ofercie stawka podatku VAT nie wpływa na porównywalność ofert, zamawiający bierze bowiem pod uwagę ceny brutto.

Przy rozpoznawaniu skargi Zamawiającego na wyrok KIO, Sąd Okręgowy powziął wątpliwość prawną, którą ujął w przedstawionym do rozstrzygnięcia zagadnieniu prawnym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego rządzą zasady wyrażone w rozdziale 2 ustawy. Wyrażają one idee przewodnie i kształtują przyjęty przez ustawodawcę model tego postępowania. Dla rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia niezbędne jest przypomnienie podstawowej zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażonej w art. 7 p.z.p. Powołany przepis stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Charakter ogólny tej zasady doznaje uszczegółowienia m.in. w przepisach nakładających na zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości. Do przepisów takich należą przepisy nakładające na zamawiającego konieczność przeprowadzenia czynności badania i eliminowania z postępowania ofert, które nie odpowiadają wynikającym z ustawy warunkom. Kontrola i selekcja ofert z punktu widzenia oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1), dokonywana przez zamawiającego, jest również wyrazem uszanowania zasady wyrażonej w art. 7 ustawy. Realizacja tej zasady byłaby fikcją gdyby zamawiający nie miał możliwości porównania ofert, przy czym kryterium decydującym o wyniku porównania jest, co należy podkreślić, w zasadzie zawsze cena. Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy cena bowiem może być albo wyłącznym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej albo też stanowić równoważne kryterium tej oceny. Ustawa definiując w art. 2 pkt 1 pojęcie ceny odwołuje się do ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. – o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). Przepis ten stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Podatek ten (VAT) jest więc niewątpliwie składnikiem ceny, elementem, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o wysokości tej ceny.

Oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu

jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT. Tylko oferty równoważne w zakresie obiektywnie sprawdzalnych elementów, a takim elementem jest stawka podatku VAT wynikająca z obowiązujących przepisów, stwarzają możliwość porównania i tym samym równego traktowania oferentów.

Wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że wskazanie przez wykonawcę z kolei stawki wyższej niż obowiązująca, może nie czynić jego oferty konkurencyjną, nie ma istotnego znaczenia. Dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Stąd też, w sytuacji gdy na wybór oferty wpływa wysokość ceny brutto, cenotwórczy charakter podatku VAT wyklucza potraktowanie wskazanej przez wykonawcę błędnej stawki tego podatku jako okoliczności pozbawionej doniosłości prawnej.

Realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego ustawa zapewnia przez ustanowienie mechanizmu kontroli i selekcji ofert. Sposób i zakres tej kontroli oraz jej skutki określają przepisy art. 87 i art. 89 ustawy.

Podstawowym dokumentem, który jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (s.w.i.z.). Na podstawie zawartych w niej warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem zamawiający w s.w.i.z., w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał

stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzić się do poprawienia oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3), jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Może też skutkować odrzuceniem oferty, jeżeli różnica byłaby tego rodzaju, iż powodowałaby istotne zmiany w treści oferty a więc w sytuacji równoważnej z sytuacją gdy treść oferty pozostaje w sprzeczności z s.w.i.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2), a nadto wówczas gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy).

Jeżeli jednak zamawiający opisując w s.w.i.z. sposób obliczania ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną o zobowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. O porównywalności ofert można bowiem mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego.

Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.

Cel przepisu objętego przedstawionym zagadnieniem prawnym, a także wymagająca uwzględnienia, wynikająca z art. 7 ust. 1 p.z.p., zasada systemu zamówień publicznych, w postaci zachowania reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skłoniły Sąd Najwyższy do podjęcia uchwały, jak na wstępie.