

## UCHWAŁA

Dnia 20 października 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Zbigniew Kwaśniewski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Anna Kozłowska

SSN Grzegorz Misiurek

w sprawie ze skargi Prezesa Zamówień Publicznych  
przeciwko zamawiającemu Miastu K. - Urząd Miejski w K.  
przy uczestnictwie odwołującego Szymona R. prowadzącego działalność  
gospodarczą pod firmą S. Szymon R. i Piotra Z. prowadzącego działalność  
gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Handlowy A.  
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej  
z dnia 1 marca 2011 r., 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 r. - 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 zamawiający odrzucił w części ofertę jednego z wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej „Pzp”) jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny. Odwołanie tego wykonawcy uwzględniła Krajowa Izba Odwoławcza w W., (dalej KIO), która wyrokiem z dnia 1 marca 2011 r. nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że w ocenie KIO wskazanie w ofercie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług (dalej „podatku VAT”) nie stanowi błędu w obliczeniu ceny i tym samym nie uzasadnia odrzucenia oferty.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił w skardze m.in. błędną wykładnię art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp., polegającą na uznaniu, że wskazanie przez wykonawcę w ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT nie stanowi błędu w obliczeniu ceny i w konsekwencji błędne uznanie, że oferta odwołującego się nie podlegała odrzuceniu na podstawie powołanego przepisu. Skarżący uzasadniając ten zarzut wyeksponował pogląd, że o porównywalności ofert można mówić wyłącznie w przypadkach porównywalnych cen obliczanych według tych samych reguł, co umożliwia przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców.

Przy rozpoznawaniu skargi Sąd Okręgowy powziął poważne wątpliwości ujęte w przedstawionym do rozstrzygnięcia zagadnieniu prawnym. Uzasadniając je skłonił się do poglądu prezentowanego w orzecznictwie KIO, że nie można utożsamiać błędu w obliczeniu w ofercie ceny z przyjęciem niewłaściwej stawki podatku VAT, ale zarazem dostrzegł odmienne, jednolite stanowisko w orzecznictwie sądów powszechnych, podkreślając iż brak jest podstaw prawnych do zmiany ugruntowanego stanowiska w tym zakresie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie procesowym z dnia 18 października 2011 r. sprzeciwił się możliwości zaakceptowania stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej o braku podstaw do przyjęcia błędu w obliczeniu ceny w następstwie zastosowania w ofercie nieprawidłowej stawki podatku od towarów

i usług, wskazując zarazem na potrzebę oceny możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP i dopuszczalności poprawienia oferty dotkniętej omyłką.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej: „PZP”), zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Z kolei z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP wynika obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie innej omyłki aniżeli oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, a polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Przed przystąpieniem do analizy zagadnienia prawnego przedstawionego Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia trzeba zaznaczyć, że wymienione wyżej przepisy PZP określają ustawowe przesłanki i zakres obowiązku dokonywania oceny ofert przez zamawiającego, a następnie formułują określone przepisami obowiązki zamawiającego, będące następstwem rezultatów dokonanej oceny. Zamawiający zobowiązany jest albo do poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki spełniającej przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona, albo do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, jeżeli ta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wymienione przepisy są jednoznacznym wyrazem woli ustawodawcy dokonywania przez zamawiającego, w określonym ustawą zakresie, kontroli poprawności zgłoszonych ofert i dopuszczania do merytorycznej oceny przez zamawiającego, w toku regulowanego PZP postępowania, tylko tych ofert, które nie są dotknięte omyłkami albo błędami wskazanymi w wymienionych przepisach. Na zamawiającym ciąży bowiem z mocy art. 18 PZP obowiązek prawidłowego i zgodnego z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, z zachowaniem zarazem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przewidzianej w art. 7 ust. 1 PZP. I chociaż zgodzić się należy z prezentowanym w piśmiennictwie poglądem, że wysokość oferowanych przez wykonawców cen nie jest wyłącznym kryterium oceny ich ofert, przesądzającym samodzielnie o uznaniu jednej z tych ofert za najkorzystniejszą,

to jednak należy mieć na uwadze okoliczność, że chronologiczny układ elementów hipotezy normy art. 91 ust. 2 PZP przemawia, z woli ustawodawcy, za uznaniem ceny za obligatoryjne i najważniejsze kryterium wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 PZP ilekroć w ustawie jest mowa o cenie (a jest o niej mowa także w art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP) - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Z kolei z mocy ostatnio wymienionego przepisu, w cenie uwzględnia się m.in. podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu m.in. podatkiem od towarów i usług (dalej: „podatek VAT”).

W świetle więc art. 3 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy o cenach nie może wywoływać jakiegokolwiek wątpliwości pogląd, że podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym zatem element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Obowiązkiem zamawiającego jest więc dokonanie także i w tym zakresie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert, skoro przepis art. 87 ust. 2 PZP nakłada na niego w określonych sytuacjach obowiązek poprawienia oferty, a art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP - nawet obowiązek odrzucenia oferty.

Pierwszy z obu wymienionych przepisów formułuje przesłanki ograniczające zamawiającemu możliwość badania ewentualnego wystąpienia innej omyłki aniżeli oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, a polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie określa jednak przedmiotowo tego ograniczenia, a więc tych elementów oferty i tych elementów SIWZ, pomiędzy którymi ma być badana niezgodność, nie wyłączając zatem badania także i niezgodności występującej pomiędzy stawkami podatku VAT wskazanymi w każdym z wymienionych źródeł, tj. w ofercie i w SIWZ.

Drugi z wymienionych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP) nie zawiera już żadnego elementu przedmiotowego ograniczenia przy dokonywaniu przez zamawiającego oceny, czy zawarte w ofercie obliczenie ceny zawiera błędy,

a jeśli tak, to w szczególności czym zostały one - w ocenie zamawiającego - spowodowane.

W tej sytuacji, przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty.

Dlatego nie jest przekonywający argument, podnoszony w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, przytoczony w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego przedstawiającego zagadnienie prawne, że ocena zastosowania przez oferentów prawidłowej stawki podatku VAT może być dokonywana wyłącznie przez Ministra Finansów lub organy kontroli skarbowej, a nie przez zamawiającego i to także w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Inną kwestią jest to, że skutki prawne takiej interpretacji, tj. oceny zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, dokonanej przez zamawiającego przy wstępnej ocenie ofert wykonawców, ograniczają się wyłącznie do płaszczyzny wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych tychże wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym.

W ustawie PZP ustawodawca obciążył zamawiającego najpierw obowiązkiem oceny ofert wykonawców, której rezultat - w zależności od przejawów negatywnego wyniku tej oceny - generuje albo obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, albo obowiązek odrzucenia oferty, jeśli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub jeśli wykonawca, niezwłocznie zawiadomiony o poprawieniu oferty, w terminie trzech dni od dnia

doręczenia tego zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie innej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 PZP).

Ten kompatybilnie ukształtowany w PZP zakres obowiązków zamawiającego ma na celu zapewnienie możliwości dokonania prawidłowej oceny merytorycznej zgłoszonych ofert, z zachowaniem wynikającej z ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej

ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP nie ma bezpośredniego znaczenia okoliczność, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jako elementu kształtującego określoną w ofercie wysokość ceny, było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie wysokości ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przez niego przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie tego błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, 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 przecież 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 wymagające szerszego uwzględnienia podstawowe zasady systemu zamówień publicznych, a zwłaszcza wynikające z art. 7 ust. 1 PZP w postaci zachowania reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skłoniły Sąd Najwyższy do podjęcia uchwały, jak na wstępie.