



Prezes

### Wykonawcy

Wasze pismo znak:                      Data:                      Nasz znak:                      Data:  
P.1589.DPiZP.2618.1.2020.KH                      30.10.2020 r.

Sprawa: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „**Zakup usług hotelarsko-restauracyjnych wraz z obsługą narad i szkoleń oraz pobytem pracowników ARiMR w ośrodku szkoleniowym**”.

Działając na podstawie Rozdziału V pkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”), Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie przy Al. Jana Pawła II nr 70, zwana w dalszej treści pisma „Zamawiającym”, udziela odpowiedzi na pytanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu.

#### Pytanie nr 1:

Całość przedmiotu zamówienia jest realizowana w ramach jednej umowy i zawiera kilka świadczonych usług. Są to min. usługi hotelarskie, gastronomiczne czy transportowe.

Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie osobistego wykonania zamówienia w zakresie usług hotelarskich, co jest w danym wypadku nieprecyzyjne.

Bardzo proszę o dookreślenie, co Zamawiający rozumie przez osobiste wykonanie tej części zamówienia. Czy organizacja danego projektu, w tym wypadku wszelkich, szeroko rozumianych szkoleń może być wykonana w całości samodzielnie także przez inne podmioty niż hotele?

Jeżeli Zamawiający wymaga, aby ewentualnym wykonawcą były wyłącznie obiekty hotelarskie wpisane do odpowiednich rejestrów, klóci się to także z wymogiem –określonym w zapytaniu nr 2 oraz treścią umieszczoną poniżej i uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty.

Zaproponowane m.in. usługi konferencyjne, restauracyjne i hotelowe do realizacji zamówień, zgodnego z SIWZ nie są według Prawa zamówień publicznych podwykonawstwem, a zaproponowane w przyszłości podmioty, w których odbywać się będą m.in. noclegi nie są podmiotami realizującymi usługę jako podwykonawcy. Organizacja danego projektu, w tym wypadku wszelkich, szeroko rozumianych szkoleń może być wykonana w całości samodzielnie także przez inne podmioty niż hotele. Taka jednostka na podstawie stosownych umów będąca dysponentem m.in.: pokoi hotelowych na czas realizacji zamówienia może samodzielnie realizować usługę dla uczestników szkoleń.

W związku z powyższym przy takim rozumieniu zapisów SIWZ możliwa jest realizacja zadania samodzielnie, bowiem nie można traktować podmiotów, które finalnie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia jak np. podwykonawców realizujących część zobowiązania samego wykonawcy, ani osób występujących wspólnie, lecz należy traktować podmioty te jako dostawców usługi niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia przez samego Wykonawcę, który za wszelkie działania odpowiada jak za swoje własne. W tym zakresie, już kilka lat wcześniej rozstrzygnięła powyższe stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 maja 2010 sygn. akt KIO/UZP 883/10.

W TY MIEJSCU NALEŻY PODKREŚLIĆ, IŻ ZAMAWIAJĄCY WYMAGA W ZAMÓWIENIU REALIZACJI USŁUG TRANSPORTOWYCH, CO WEDŁUG ODRĘBNYCH PRZEPISÓW WYMAGA WPISU DO REJESTRU ORGANIZATORÓW TURYSTYKI I PRZEDSIĘBIORCÓW UŁATWIAJĄCYCH NABYWANIE POWIĄZANYCH USŁUG TURYSTYCZNYCH.

WIĘKSZOŚĆ OBIEKTÓW HOTELARSKICH NIE JEST WPISANA DO REJESTRU OTIPUNPUT, CO UNIEMOŻLIWIA IM BEZPOŚREDNI UDZIAŁ W POSTĘPOWANIU GDYŻ UMOWA POMIMO, IŻ NIE MUSI BYĆ UMOWĄ USŁUGI TURYSTYCZNEJ, ZAWIERA JEJ ELEMENTY.

#### Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że odpowiedź na pytanie udzielona została w piśmie z dnia 27.10.2020 r. znak P.1574.DPiZP.2618.1.2020.KH (zamieszczonym na Platformie Zakupowej w dniu 27.10.2020 r.)

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, że przedmiot zamówienia wyczerpująco opisany został w Rozdziale I.2 pkt 3, 4 i

5 Ogłoszenia o zamówieniu. Wynika z niego w sposób, zdaniem Zamawiającego, niebudzący wątpliwości interpretacyjnych, że zamówieniem objęte są usługi:

- 1) zakwaterowania z wyżywieniem uczestników szkoleń,
- 2) technicznej obsługi szkoleń, w tym zapewnienie sal szkoleniowych z wyposażeniem oraz serwisu kawowego,
- 3) transportu dla uczestników szkoleń trasą i rodzajami dróg wskazanymi przez Zamawiającego (w tym drogi płatne).

W dalszej części Ogłoszenia wymogi realizacyjne tych usług są szczegółowo rozpisane. Ponadto Zamawiający wyjaśnia, że przedmiot zamówienia obejmuje usługi hotelarsko-restauracyjne wraz z obsługą narad i szkoleń oraz pobytem pracowników ARiMR w ośrodku szkoleniowym, natomiast nie obejmuje usługi szkolenia.

#### **Pytanie nr 2:**

Zamawiający w formularzu ofertowym dopuścił zastosowanie różnych stawek podatku VAT co jest błędne w oparciu o odpowiednie przepisy.

Zamawiający określił przedmiot świadczenia usług obejmujących zakwaterowanie, wyżywienie, transport, wynajem sal konferencyjnych, z których każda objęta jest inną stawką podatkową VAT. W związku z powyższym każda jednostka biorąc udział w zamówieniu publicznym, w którym co do zasady treścią zamówienia jest organizacja takiego projektu, nie może traktować danego zamówienia jako szeregu poszczególnych usług i stosować zróżnicowanych stawek VAT. Każda z wymaganych przez Zamawiającego usług jak zakwaterowanie, wyżywienie, zapewnienie przerw kawowych czy sal konferencyjnych jako samodzielna usługa jest wprawdzie opodatkowana (jak wspomniano) inną stawką podatkową, niemniej występując w tym zamówieniu każdy Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia kompleksowej oferty na powyższe usługi, gdyż Zamawiający nie przewiduje zawarcia oddzielnych umów na każdą usługę oddzielnie.

*„...W sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych”. Stanowisko takie wynika z orzecznictwa TSUE w wyroku z dnia 27.10.2005, sygn.. akt C-41/04.*

Ponieważ „w przedmiotowej sprawie zawarta jest jedna umowa na świadczenie usług i umowa ta nie jest zawarta oddzielnie na świadczenie każdej z usług (najmu sali, wyżywienia, noclegu) a Zleceniodawca oczekuje określonego rezultatu i przewiduje określone wynagrodzenie – to przedmiotem umowy jest jedna usługa i umowa kompleksowa” Wobec powyższego z uwagi na fakt, iż przedmiotem zawartej umowy będzie jedna usługa kompleksowa, powinna ona zostać opodatkowana 23% stawką podatku VAT.

Takie stanowisko zawarte jest m.in. w Interpretacji Ministra Finansów – Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 24.09.2014 ILPP2/443-651/14-4/MR co oznacza, iż zaproponowana stawka podatku VAT jest prawidłowa.

W związku z powyższymi wątpliwościami uważamy, iż Zamawiający na tym etapie postępowania powinien zastosować ujednoliconą stawkę VAT.

Zgodnie z udostępnionym na stronach Sądu Najwyższego a także Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnieniem uchwały o sygn. akt III CZP 52/11 nie jest obojętne, jaką stawkę podatku VAT przyjął w swej ofercie wykonawca. Wg Sądu Najwyższego Zamawiający ma obowiązek badać poprawność złożonych ofert także pod kątem wysokości stawki podatku VAT. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Stawka podatku VAT jest zaś istotnym elementem kalkulacji ceny oferty, cena zaś zajmuje istotne miejsce wśród kryteriów oceny ofert.

Obowiązek weryfikacji stawki podatku od towarów i usług wypływa wprost także z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a także art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W przypadku wystąpienia w ofercie innej niż pisarska i rachunkowa omyłki, powodującej niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, zamawiający musi dokonać poprawienia takiej oferty, w przypadku zaś wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający musi odrzucić ofertę. Zastosowanie w ofercie nieprawidłowej stawki musi być uznane za błąd w obliczeniu ceny a taka oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nie ma tu znaczenia czy przyjęcie przez wykonawcę błędnej stawki VAT jako elementu kształtującego wysokość ceny oferty było działaniem świadomym i zamierzonym czy nieświadomym.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający wyjaśnia jak niżej.

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie nakładają na zamawiającego obowiązku wskazywania w Ogłoszeniu o zamówieniu stawki podatku od towarów i usług. Zamawiający ocenia w postępowaniu ceny brutto. Wynika to z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten odsyła do art. 3 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, które definiują cenę jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany 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 lub podatkiem akcyzowym. VAT jest więc składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem jego właściwej stawki. Tym samym uwzględniana w cenie brutto kwota VAT w sposób istotny wpływa na wybór wykonawcy zamówienia publicznego, a ustalając cenę realizacji zamówienia, wykonawca jest zobowiązany do jej prawidłowego obliczenia. Obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT w złożonych ofertach spoczywa na zamawiającym, który obowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 6 do Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy wg cen jednostkowych określonych w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 4 do umowy, a podstawę wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT za realizację danego zamówienia stanowił będzie sporządzony przez Wykonawcę oraz zaakceptowany bez zastrzeżeń przez Zamawiającego protokół, którego wzór stanowi załącznik nr 5 do umowy, stwierdzający prawidłową realizację zamówienia. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to na wystawcy faktury VAT spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT).

**Pytanie nr 3:**

Proszę o udzielenie informacji, czy oferta nie zostanie odrzucona, jeśli Wykonawca oświadczy w formularzu ofertowym, że zamierza powierzyć Podwykonawcom wykonanie usług transportowych, przy czym Podwykonawca zostanie wyłoniony na etapie podpisania umowy (czyli bez wskazywania w formularzu ofertowym konkretnego Podwykonawcy).

**Odpowiedź:**

Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu, w Formularzu Ofertowym w pkt. 7, należy wskazać zamiar i zakres prac jaki powierzony będzie podwykonawcy. Natomiast firmę Podwykonawcy należy podać o ile jest ona znana w momencie składania oferty.

Zmawiający wyjaśnia, że kwestia żądania przez zamawiających wskazania nazw podwykonawców już na etapie składania oferty jest przedmiotem licznych orzeczeń Krajowej Izbie Odwoławczej, która dąży do ujednoczenia swojego stanowiska w tym zakresie. Biorąc pod uwagę bieżące orzecznictwo KIO w tej materii, należy zauważyć, że istnieje niespójna wykładnia przepisów zobowiązujących wykonawców do wskazania nazw podwykonawców już na etapie składania ofert. W zależności od składu orzekającego, Izba wskazywała, że brak ich podania skutkuje lub nie skutkuje odrzuceniem oferty. Część ekspertów wskazuje, że nie jest to informacja, której brak powinien skutkować odrzuceniem oferty. Z drugiej strony, eksperci uzależniają ten obowiązek od specyfiki danego zamówienia. Izba zajęła się tym zagadnieniem widząc potrzebę wypracowania spójnego stanowiska. Tej tematyce poświęcono dwie narady orzecznicze, po których większościowym stanowiskiem uznano, że brak podania nazwy podwykonawców nie skutkuje odrzuceniem oferty. Uzasadnionym byłoby odrzucenie w razie niewskazania zakresu zamówienia, który będzie powierzony podwykonawcom, natomiast niepodanie nazw podwykonawców na etapie składania oferty nie powinno zostać opatrzone takim rygorem.

Jak wynika więc z powyższego, kluczowym jest wskazanie w ofercie zakresu zamówienia, który będzie powierzony Podwykonawcy. Należy wziąć pod uwagę również przepis art. 36 ba ustawy, który pozwala już na etapie realizacji zamówienia wprowadzić lub zmienić podwykonawstwo.

Przyjmując zatem za wiążące stanowisko KIO, Zamawiający nie odrzuci oferty, jeśli Wykonawca w Formularzu ofertowym nie wskaże nazwy firmy Podwykonawcy.