

Do wszystkich zainteresowanych Wykonawców

Znak sprawy ZP.271.7.2014

Dotyczy: postępowania znak: ZP.271.7.2014 o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami art. 39-46 ustawy o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 na: **zakup energii elektrycznej na potrzeby Gminy Miejskiej Iława**

Na podstawie art. 38 ust. 1, 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013, poz. 907 z późn. zm.) w związku ze zwróceniem się wykonawców o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający udziela odpowiedzi na pytania do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na zakup energii elektrycznej na potrzeby Gminy Miejskiej Iława:

Zapytanie 17

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu wzoru/projektu umowy w §12 ust 2 pkt. 2 na zapis treści:

2) zmiany ceny za kWh brutto określonej w §5 ust. 1 niniejszej umowy. W przypadku ustawowej zmiany stawki VAT strony zobowiązują się do zawarcia aneksu do umowy regulującego wysokość VAT w taki sposób, że zmiana stawki VAT spowoduje wzrost albo obniżenie ceny za kWh brutto o wartość wynikająca z wprowadzonej zmiany.

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu wzoru/projektu umowy w §12 ust 2 pkt. 3 na zapis treści:

3) zmiany ceny za kWh brutto określonej w §5 ust. 1 niniejszej umowy. W przypadku ustawowej zmiany opodatkowania energii elektrycznej podatkiem akcyzowym strony zobowiązują się do zawarcia aneksu do umowy regulującego wysokość opodatkowania energii elektrycznej podatkiem akcyzowym w taki sposób, że zmiana stawki opodatkowania energii elektrycznej podatkiem akcyzowym spowoduje wzrost albo obniżenie ceny za kWh brutto o wartość wynikającą z wprowadzonej zmiany.

Wykonawca wyjaśnia, że konstrukcja podatków VAT i akcyzowego jest taka, że ostatecznie ciężar ekonomiczny podatku ponoszą nabywcy produktów, a nie przedsiębiorcy (producenci, dystrybutorzy, sprzedawcy), a zatem zapisy umowy zmuszające Wykonawców do sfinansowania w proporcji 50% wzrostu podatku VAT i akcyzowego są niezgodne z prawem.

Wykonawca pragnie odnieść się w tym miejscu do odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 03.04.2014 r. udzielonych przez Zamawiającego min. w przedmiotowej kwestii (zapytanie 5 i 6 oraz odpowiedzi na nie).

Zamawiający powołał się w odpowiedzi na pytanie 5 na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r. sygn. CZP 54/2006.

Wykonawca wyjaśnia, iż SN stwierdził w sentencji powyższej uchwały, że **podwyższenie z dniem 1 maja 2004 r. stawek podatku od towarów i usług za roboty budowlane, dokonane ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) nie uzasadnia - bez zmiany umowy zawartej przed 1 maja 2004 r. - obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki**. Wykonawca wskazuje, iż cytowana uchwała SN nie dotyczyła konstrukcji podatków (VAT i akcyza) tj. nie dotyczyła tego kto powinien ponosić ciężar ekonomiczny podatków ale tego w jaki sposób należy kwestie zmian opodatkowania uregulować w umowie. Przedmiotowa uchwała dotyczyła postępowania, w którym strony nie przewidziały w wiążącej ich umowie zmiany stawki podatku, a nie tego kto powinien ponosić ekonomiczny ciężar podatku.

Bezsporne jest, że ciężar ekonomiczny podatków takich jak VAT i akcyza ponosi nabywca. Na poparcie powyższego można powołać np. **wyrok ETS z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-271/06**. Zgodnie z nim: **w dziedzinie podatku VAT dostawcy towarów i usług działają jako poborcy tego podatku na rachunek państwa i w interesie skarbu państwa. Dostawcy są zobowiązani do zapłaty podatku VAT, mimo że podatek ten, jako podatek od konsumpcji, ponoszony jest ostatecznie przez nabywcę, jako konsumenta końcowego.**

Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu to Zamawiający jest nabywcą i to on powinien ponosić ciężary podatkowe w wysokości ustalonej przez ustawodawcę, a zatem, powinien również ponosić konsekwencje negatywne - wzrostu jak i pozytywne - obniżenia zobowiązań podatkowych VAT i akcyzy.

Odpowiedź 17

W odpowiedzi na zapytanie zamawiający informuje, że zapisy §12 ust. 2 pkt 2) i 3) wzoru umowy **pozostają bez zmian**. Jednocześnie zamawiający wyjaśnia, iż:

1. Powołana przez niego uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r. sygn. CZP 54/2006 znajduje jak najbardziej odzwierciedlenie w przedmiotowej sprawie. Podnoszone przez wykonawcę kwestie dotyczą, zgodnie z tytułem §12 Zmian postanowień umowy, które zamawiający przewiduje na podstawie art. 144 ustawy Pzp w zakresie zmiany wynagrodzenia z przedmiot zamówienia (umowy).
2. Cytowana uchwała SN nie dotyczyła konstrukcji podatków (VAT i akcyza), lecz dotyczyła tego kto powinien ponosić ciężar ekonomiczny podatków w przypadku zmiany ustawowej stawki podatku VAT. Pytanie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku skierowane do Sądu Najwyższego brzmiało: „Czy dokonane z dniem 1 maja 2004 r. podwyższenie stawek podatków od towarów i usług za roboty budowlane **pociąga za sobą obowiązek zamawiającego zapłaty ceny netto** wskazanej w umowie zawartej przed 1 maja 2004 r. na podstawie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U.

2002 r. Nr 72, poz. 664), powiększonej o stawkę obowiązującego w chwili wystawiania faktury wyższego podatku od towarów i usług, bez potrzeby zmiany umowy?" Wyniku tego zapytania SN podjął uchwałę, iż „Podwyższenie z dniem 1 maja 2004 r. stawek podatku od towarów i usług za roboty budowlane, dokonane ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), nie uzasadnia - bez zmiany umowy zawartej przed dniem 1 maja 2004 r. - obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki. Uzasadniając swoją decyzję Sąd Najwyższy stwierdził, m.in.:

- a) Po pierwsze, na gruncie poprzedniej ustawy z dnia 26 lutego 1982 r. o cenach (jedn. tekst: Dz.U. z 1988 r. Nr 27, poz. 195 ze zm.) oraz ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50 ze zm.) przyjmowano jednolity pogląd, że podatek od towarów i usług jest podatkiem "cenotwórczym" w tym sensie, iż sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, był uprawniony do wliczenia do niej podatku od towarów i usług.
- b) Po drugie, o wysokości ceny, jaką nabywca towaru lub usługi obowiązany był zapłacić, decydowała treść umowy ze sprzedawcą. Cena nie obejmuje podatku od towarów i usług, jeżeli umowa nie przewiduje jako elementu ceny tego podatku.
- c) Po trzecie, w ramach swobody umów (art. 353¹ k.c.) strony mogą określić cenę, którą nabywca ma zapłacić sprzedawcy za towar lub usługę. Strony mogą się również swobodnie umówić co do tego, czy podatek od towarów i usług będzie elementem ceny za sprzedany towar lub usługę. Rozstrzygnięcie więc, czy strona zobowiązana jest do zapłacenia, jako elementu wynagrodzenia za wykonaną usługę, kwoty odpowiadającej podatkowi od towarów i usług należnemu od tej usługi zależy od treści umowy zawartej przez strony.
- d) Po czwarte, art. 1 ust. 2 ustawy o cenach z 1982 r. umożliwiał przerzucenie w umowie na nabywcę ciężaru opodatkowania podatkiem od towarów i usług nabytego przez niego towaru lub usług, jednak przepis ten nie stanowił podstawy prawnej do dochodzenia od nabywcy ceny obejmującej podatek od towarów i usług, jeżeli umowa zawarta przez strony nie przewidywała, jako elementu ceny tego podatku.
- e) Powstaje pytanie, czy wnioski te są aktualne na gruncie ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) oraz ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.). Upředzając dalsze rozważania należy stwierdzić, że odpowiedź na to pytanie jest pozytywna. Przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z zasadami prawa cywilnego, uzgodnione między stronami wynagrodzenie za roboty budowlane, jako istotny przedmiotowo element stosunku cywilnoprawnego, może być jednostronnie zmienione tylko w przypadku wyraźnie przez ustawę przewidzianym. Trzeba, więc rozważyć, czy w obowiązującym stanie prawnym takie przypadki zostały uregulowane.
- f) W pierwszej kolejności należy odnieść się do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Zdefiniowano w nim pojęcie ceny, 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 oraz podatkiem akcyzowym. Z przepisu tego wynika tylko tyle, że cena, a więc świadczenie, które kupujący zobowiązany jest zapłacić sprzedawcy, obejmuje podatek od towarów i usług, co oznacza, iż sprzedawca nie ma możliwości żądania dodatkowego świadczenia ponad uzgodnioną cenę, powołując się na to, że nie uwzględnia ona podatku od towarów i usług. Jeśli tak, to nie ulega wątpliwości, że przepis ten per se nie stwarza także podstawy prawnej, by w przypadku podwyższenia podatku od towarów i usług, które nastąpiło po zawarciu umowy, sprzedawca mógł żądać zapłaty odpowiednio zwiększonej ceny.
- g) Z zasad prawa zobowiązań wynika, że zakres obowiązku dłużnika w zasadzie obejmuje to, co wynika z treści zobowiązania. Jeśli więc przy zawieraniu umowy uzgodniono cenę obejmującą podatek od towarów i usług według określonej stawki, to treść art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach nie stwarza uprawnienia do podniesienia ceny w razie zmiany stawki podatku od towarów i usług. Takiej podstawy prawnej nie stwarzają również przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), która nie normuje wysokości wynagrodzenia za dokonanie określonej czynności cywilnoprawnej; ta kwestia objęta jest uzgodnieniem między stronami. Strony oczywiście uwzględniają zwykle wysokość podatku przy ustaleniu wysokości świadczenia, co jednak nie uzasadnia wniosku, że de iure wysokość podatku rozstrzyga o wysokości świadczenia. Występuje tu zależność odwrotna; wysokość podatku zależy od wysokości świadczenia uzgodnionego między stronami. Zmiana stawki podatku od towarów i usług nie jest więc samoistną podstawą do zmiany treści zobowiązania już choćby z tego względu, że po wzroście stawki podatku sprzedawcy nie muszą przerzucać zwiększonego obciążenia na nabywców.
- h) Jest oczywiście, że zwiększenie stawki podatku na roboty budowlane, którego skutkiem jest zwiększenie zakresu zobowiązania podatkowego wykonawcy, prowadzi do zagrożenia jego interesu związanego z opłacalnością dokonywanej transakcji. Powstaje jednak pytanie, czy zagrożenie to może być przerzucone na zamawiającego (inwestora), gdyż przerzucenie wzrostu podatku na usługi budowlane prowadzi do zwiększenia zobowiązania inwestora do zapłaty ex post większego świadczenia, na którego spełnienie nie musi być przygotowany. W ramach prawa zobowiązań uwzględnienie interesu wyłącznie jednej strony prowadzi do naruszenia interesu drugiej strony. W istocie rzeczy problem sprowadza się do kwestii rozkładu ryzyka w umowie o roboty budowlane, zawieranej przez zamawiającego z wykonawcą, i wprowadzenia klauzul zabezpieczających uzasadnione interesy stron. Zapobiegliwe strony mogą konsekwencje ewentualnej zmiany stawki podatku uregulować w umowie, np. w ten sposób, że wskażą w umowie cenę (wynagrodzenie) netto, zastrzegając, iż do ceny (wynagrodzenia) będzie doliczony podatek od towarów i usług, ale nie określają jego wysokości. Nie jest natomiast uzasadnione, aby za pośrednictwem art. 56 lub 354 k.c. wkomponowywać do treści zobowiązania obowiązek zapłaty podwyższonego wynagrodzenia w razie zmiany stawki podatku od towarów i usług.

- i) Podstawowy wniosek, jaki wynika z tych rozważań, sprowadza się do stwierdzenia, że obowiązek zapłaty zwiększonego wynagrodzenia przez zamawiającego może wynikać jedynie ze zmiany umowy. Dotyczy to także sytuacji, w której żądanie zapłaty zwiększonego wynagrodzenia jest następstwem zmiany stawki podatku od towarów i usług.
3. Cytowane przez Wykonawcę orzeczenie ETS z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-271/06, dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego i prawnego tj. ustalenia czy art. 15 pkt 2 szóstej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on przyznaniu przez państwo członkowskie zwolnienia od podatku VAT związanego z wywozem towarów poza terytorium Wspólnoty, gdy przesłanki tego zwolnienia nie są spełnione, lecz gdy podatnik nie mógłby sobie z tego zdawać sprawy, nawet przy dołożeniu wszelkiej staranności sumiennego kupca, ze względu na sfalszowanie dowodu wywozu przedstawionego przez nabywcę. Co prawda znajdujemy w nim stwierdzenie, że „w dziedzinie podatku VAT dostawcy towarów i usług działają, jako poborcy tego podatku na rachunek państwa i w interesie skarbu państwa. **Dostawcy są zobowiązani do zapłaty podatku VAT**, mimo że podatek ten, jako podatek od konsumpcji, ponoszony jest ostatecznie przez nabywcę, jako konsumenta końcowego”, lecz jest to zdanie wyrwane z kontekstu, gdyż odnosi się ono do kwestii zwolnienia od podatku VAT związanego z wywozem towarów poza terytorium Wspólnoty w sytuacji, gdy jeden z kontrahentów fałszuje dokumenty i wprowadza w błąd sprzedawcę, który korzysta z takiego zwolnienia. Natomiast nie odnosi się ono do kwestii uregulowania wynagrodzenia umownego w przypadku zmian stawek podatku VAT czy też podatku akcyzowego, ustalonego między stronami w wyniku zawartej umowy. Ponadto z cytowanego zapisu wynika, wprost iż to dostawca jest zobowiązany do zapłaty podatku.

Reasumując, zapis dotyczący zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT oraz podatku akcyzowego jest jak najbardziej prawidłowy i zgodny z uzasadnieniem cytowanej uchwały (w szczególności w pkt 2 lit.c), f), h)), gdyż Zamawiający przewiduje zmianę wynagrodzenia w przypadku ustawowych zmian podatków wchodzących w skład ceny za 1 kWh brutto przy jednoczesnym rozłożeniu ryzyka na obydwie strony w równych częściach. Powyższa zmiana solidarnie obciąża zarówno wykonawcę, jak i zamawiającego ewentualną zmianą stawki podatku VAT i podatku akcyzowego. Zamawiający wskazuje w SIWZ, na jakich warunkach chce zawrzeć umowę z potencjalnymi wykonawcami zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ k.c.. Jest to zapis umowny, który w żaden sposób nie ogranicza konkurencji ani nie powoduje nierównego traktowania wykonawców, oraz nie stoi w sprzeczności z żadną ustawą, co zostało uwydatnione w cytowanej Uchwale SN. Jeżeli Wykonawca nie zgadza się na warunki dotyczące sposobu zmiany wynagrodzenia proponowanego przez Zamawiającego nie musi przystępować do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się sprzedażą energii elektrycznej ewentualne ryzyko związane ze zmianą podatków może uwzględnić w cenie oferty. Zważając, że Zamawiający wskazał, na jakich zasadach będzie się odbywać ewentualna zamiana wynagrodzenia. Wprowadzenie proponowanego przez Wykonawcę zapisów spowodowałoby, że to Zamawiający musiałby ponosić samodzielnie ryzyko związane ze zmianą podatków. Co w ramach prawa zobowiązań powoduje uwzględnienie interesu wyłącznie jednej strony prowadzi do naruszenia interesu drugiej strony. Zapis zaproponowany przez Zamawiającego we wzorze umowy powoduje rozkład ryzyka i obciążenia w równym zakresie dla obydwu stron.

Zapytanie 18

Wykonawca wnosi o dodanie w §9 wzoru/projektu umowy zapisu o następującej treści:

Strony ustalają, że rozpoczęcie sprzedaży energii elektrycznej na warunkach wynikających z oferty nastąpi nie wcześniej niż po spełnieniu wszystkich warunków przyłączenia do sieci OSD oraz nie wcześniej niż z dniem skutecznego rozwiązania dotychczasowych umów sprzedaży energii elektrycznej, a także po pozytywnie przeprowadzonej procedurze zmiany sprzedawcy i podpisaniu nowych umów dystrybucyjnych, jeśli takie będą wymagane.

Odpowiedź 18

W odpowiedzi na zapytanie zamawiający informuje, że obecnie obowiązujące umowy dla PPE są zawarte na czas określony do dnia 30.06.2014 i ulegają rozwiązaniu w tym terminie. Ponadto zamawiający informuje, że umowy dystrybucyjne są zawarte dla wszystkich PPE. W odpowiedzi na zapytanie zamawiający informuje, że nie uwzględni proponowanego zapisu i nie wprowadzi go do wzoru umowy.

Inne zapisy zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostają bez zmian. Treść wyjaśnienia i zmiany SIWZ są wiążące dla wszystkich wykonawców.

BURMISTRZ
MIASTA ILAWY
dr inż. Włodzisław Ptasznik