Sygn. akt: KIO/UZP 233/08

WYROK
z dnia 31 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Emil Kuriata

Izabela Kuciak

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe IZO-MAR plus, Płock, ul. 3-go Maja 16, Przedsiębiorstwo Instalacyjno – Usługowe „Wereszczyński", Płock, ul. Przemysłowa 30 i Arkadiusz Wałęsa, Krzysztof Rybicki, Lech Malara Sp. j., Płock, ul. Kostrogaj 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., Płock, ul. Kwiatka 5** protestu z dnia 26 lutego 2008 r.

przy udziale **VECTRA S.A., Płock, ul. Otolińska 21** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

---

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe IZO-MAR plus, Płock, ul. 3-go Maja 16, Przedsiębiorstwo Instalacyjno – Usługowe „Wereszczyński", Płock, ul. Przemysłowa 30 i Arkadiusz Wałęsa, Krzysztof Rybicki, Lech Malara Sp. j., Płock, ul. Kostrogaj 13** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe IZO-MAR plus, Płock, ul. 3-go Maja 16, Przedsiębiorstwo Instalacyjno – Usługowe „Wereszczyński", Płock, ul. Przemysłowa 30 i Arkadiusz Wałęsa, Krzysztof Rybicki, Lech Malara Sp. j., Płock, ul. Kostrogaj 13,**

2) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe IZO-MAR plus, Płock, ul. 3-go Maja 16, Przedsiębiorstwo Instalacyjno – Usługowe „Wereszczyński", Płock, ul. Przemysłowa 30 i Arkadiusz Wałęsa, Krzysztof Rybicki, Lech Malara Sp. j., Płock, Kostrogaj 13.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Miejskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Płocku prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na wybudowanie budynków mieszkalnych, wielorodzinnych nr 1, 2, 3, 4 na osiedlu przy ul. Armii Krajowej w Płocku wraz z pełną infrastrukturą. W dniu 21 lutego 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy VECTRA S.A.

Na ww. czynność Zamawiającego protest wniosło w dniu 26 lutego 2008 r. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe IZO-MAR plus, Przedsiębiorstwo Instalacyjno – Usługowe „Wereszczyński" i Arkadiusz Wałęsa, Krzysztof Rybicki, Lech

Malara Sp. j. zwane dalej Konsorcjum IZO-MAR zarzucając Zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej bez sprawdzenia poprawności złożonych ofert, w wyniku czego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta obarczona błędnie naliczonym podatkiem VAT, co jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) oraz przepisami skarbowymi.

Protestujący wniósł o ponowną ocenę oferty firmy VECTRA S.A., wykazanie błędów w jej sporządzeniu i odrzucenie ww. oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z tym, że art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości poprawy błędu zawartego w ofercie.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 28 lutego 2008 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu złożyła firma VECTRA S.A.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 marca 2008 r. przez jego oddalenie. Zamawiający oświadczył, iż nie stwierdził uchybień będących podstawą do odrzucenia oferty VECTRA S.A. Zamawiający podkreślił, iż w myśl zapisu na stronie 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w części dotyczącej formularza cenowego, ceny poszczególnych elementów zamówienia powinny być podane jako ceny netto. Ostateczną cenę za realizację zamówienia wykonawcy powinni byli obliczyć sumując wszystkie wartości netto, a następnie do powstałej sumy dodać wartość VAT, zatem Zamawiający nie żądał podania wartości VAT w formularzach cenowych na poszczególne elementy zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że błędnie naliczony VAT w jednym z załączników przy określeniu ceny za częściowe zadanie nie ma wpływu na cenę za realizację całego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego z uwagi na fakt, że wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia jest

wynagrodzeniem ryczałtowym, na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjmuje się, że cena jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia.

Wobec powyższego, w dniu 12 marca 2008 r. (pismem z dnia 10 marca 2008 r.) Konsorcjum IZO-MAR wniosło odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 88 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty firmy VECTRA S.A. zawierającej błędy w obliczeniu ceny przez błędne wyliczenie VAT.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia żądał podania cen dla poszczególnych budynków wg załączników nr 3, 3a, 3b i 3c z wyszczególnieniem ceny netto, kwoty VAT i ceny brutto. Zamawiający wymagał również podania ceny netto, kwoty VAT i ceny brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia, przy czym określił wszystkie ceny jako ceny ryczałtowe.

Odwołujący stwierdził, że w ofercie firmy VECTRA S.A. w załączniku nr 3c Wykonawca zastosował niewłaściwą stawkę VAT, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego wyliczenia kwoty VAT przy obliczeniu ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia. Z wyliczeń wynika bowiem, zdaniem Odwołującego, że w pozycji Va „sieci osiedlowe" naliczony został VAT według stawki 0% zamiast 22%, co spowodowało obniżenie wartości VAT o 88 900,57 zł. W ocenie Odwołującego, zastosowanie błędnej stawki VAT nie stanowi omyłki rachunkowej w rozumieniu art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych, a błąd w obliczeniu ceny, zatem Zamawiający powinien ww. ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Odwołujący podniósł, że akceptacja zaistniałego stanu rzeczy doprowadzi do sprzeczności z ustawą o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), bowiem Wykonawca zobowiązany będzie do wystawienia faktur z właściwie obliczoną kwotą VAT, zatem w konsekwencji cena ryczałtowa za realizację przedmiotu zamówienia według wystawionych faktu będzie wyższa od ceny ofertowej.

Zdaniem Odwołującego, mimo zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ceną za realizację przedmiotowego zamówienia nie jest cena ryczałtowa, na co wskazuje § 10 wzoru umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty VECTRA S.A. oraz dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych.

4

W dniu 14 marca 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyła firma VECTRA S.A.

Zamawiający w dniu 26 marca 2008 r. wystosował do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odpowiedź na odwołanie podnosząc, iż Odwołujący nie wykazał i nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, bowiem zaoferowana przez niego cena przewyższa, kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na fakt, że w przypadku odrzucenia oferty VECTRA S.A. Zamawiający będzie zmuszony unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, interes prawny Odwołującego materializuje się w ewentualnym przyszłym postępowaniu o zamówienie publiczne.

W dniu 31 marca 2008 r. wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismo Odwołującego, w którym Odwołujący wykazuje swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej. Fakt, iż zaoferowana przez Odwołującego cena za realizację przedmiotu zamówienia przekracza kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, na co wskazuje Zamawiający, nie stanowi podstawy do stwierdzenia braku interesu prawnego. Czynność wyboru oferty jest odrębną od czynności najkorzystniejszej bowiem czynnością ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy było określenie charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, iż z zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i Wzoru umowy jednoznacznie wynika, że w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe. Świadczą o tym w szczególności postanowienia pkt X.2a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z których wynika, że przedmiary robót są dokumentem

5

---

pomocniczym, a nie podstawowym do wyceny oferty – podstawą wyceny są projekty. W konsekwencji należy przyjąć, że charakter pomocniczy mają również Załączniki nr 3, 3a, 3b i 3c. Ponadto, w warunkach rozliczenia inwestycji (pkt 2 specyfikacji) Zamawiający zapisał, że umowa zostanie zawarta za cenę ryczałtową obejmującą zakres rzeczowy zamówienia określony w specyfikacji i dokumentacji projektowej, a kwota wynagrodzenia ryczałtowego stanowić będzie maksymalną wartość zobowiązania. Jednocześnie, zgodnie z § 10 ust. 8 Wzoru umowy wynagrodzenie pokrywa wszelkie koszty i wydatki na realizację zamówienia, w tym także koszty i wydatki na prace dodatkowe. Kwestia, że w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy była również jednoznaczna dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, bowiem nie stała się ona przedmiotem pytań, a należy przyjąć, iż przy licznym wskazaniu przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, że określa wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia jako ryczałtowe, wykonawcy w przypadku wątpliwości powinni byli tę kwestię podnieść.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych lub błędy w obliczeniu ceny. Jednakże, zdaniem Izby, przepisu tego nie można bezpośrednio odnosić do art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na specyfikę ceny ryczałtowej. O szczególnym charakterze ceny ryczałtowej decyduje jej niezmienność nawet w przypadku

dodatkowych prac nie objętych przedmiarem robót. Pkt 3 ust. 1 art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości poprawienia ceny ryczałtowej, a wskazuje na prawidłowość jej podania przez wykonawcę bez uwzględnienia elementów cenotwórczych. Zatem w świetle ww. przepisu należy przyjąć, że prawidłowo podano cenę brutto biorąc pod uwagę definicję ceny zawartą w art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przy tak dokonanym ustaleniu Izba stoi na stanowisku, że zastosowanie błędnej stawki VAT dla jednej z pozycji Załącznika nr 3c do oferty firmy VECTRA S.A. nie pociąga za sobą skutku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3a ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Tym bardziej, że analiza Załączników nr 3, 3a, 3b i 3c pozwoliła na jednoznaczne stwierdzenie, że suma cen brutto z każdego z tych ww. załączników równa się cenie brutto wskazanej w Ofercie cenowej.

Na kanwie tych rozważań godny przytoczenia jest wywód Sądu Okręgowego w Opolu w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 752/05, niepubl.), w którym

6

---

uznano, że odrzucenia oferty nie można dokonywać w sprzeczności z art. 5 ustawy kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) , zgodnie z którym nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku.**

Przewodniczący:
……

Członkowie:
……
……

____
* *niepotrzebne skreślić*

8

9