

WYROK
z dnia 27 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 27 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Andrzeja Grygiela prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „GRAND” – Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy – A.Grygiel, 33-322 Korzenna, Jasienna 200** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Andrespol, 95-020 Andrespol, ul. Rokicińska 126** protestu /protestów * z dnia 19 września 2008 r.

orzeka:

1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Andrespol, 95-020 Andrespol, ul. Rokicińska 126
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 uiszczanego przez **Andrzeja Grygiela prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „GRAND” – Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy – A.Grygiel, 33-322 Korzenna, Jasienna 200,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Andrespol, 95-020 Andrespol, ul. Rokicińska 126** na rzecz **Andrzeja Grygiela prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „GRAND” – Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy – A.Grygiel, 33-322 Korzenna, Jasienna 200,,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) 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 **Andrzeja Grygiela prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „GRAND” – Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy – A.Grygiel, 33-322 Korzenna, Jasienna 200.**

Uzasadnienie

W dniu 15.09.2008 r. Zamawiający - Gmina Andrespol zawiadomił Wykonawcę - Andrzeja Grygiela prowadzącego działalność gospodarczą pn. „GRAND” Zakład Produkcyjno-Handlowy w Korzennej, zwanego „Protestującym” lub „Odwołującym”, który złożył ofertę w przetargu nieograniczonym na „Budowę jednokondygnacyjnej sali gimnastycznej z dwukondygnacyjnym zapleczem socjalnym i administracyjnym przy Gimnazjum w Wiśniowej Górze” ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.08.2008 r., nr ogłoszenia: 195353-2008, o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (pismo z dnia 12.09.2008 r.) Zamawiający podał, iż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej „Pzp”, gdyż:

„1. w załączonym formularzu ofertowym jako załącznik nr 1 w pkt 3 ppkt 8 została źle wyliczona stawka podatku VAT: jest 676 207,10 zł a powinno być 676 207,12 zł. Ofertę z niewłaściwie wyliczoną kwotą podatku VAT należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny.

2. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako warunek stawiany wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia jako Warunek 3 pkt 1 wymaga się cyt. „Znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku jest cyt. „Informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej w którym Wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w kwocie nie mniejszej niż 1 000 000 zł (jeden milion zł). Treść złożonych przez Pana zaświadczeń: a)zaświadczenie z Łąckiego Banku Spółdzielczego stwierdza, iż posiada Pan kredyt w rachunku bieżącym z limitem 1 000 000 zł, ale jednocześnie zadłużenie na dzień 20-08-2008 r wynosi 966 178,26 zł, nie potwierdza wymaganych przez zamawiającego środków finansowych zawartych w SIWZ pkt. 8 jako Warunek-3 pkt 1. b) zaświadczenie z Banku PEKAO SA Oddział w Nowym Sączu stwierdza korzystanie przez Pana z kredytu w wysokości 700 000 zł, nie potwierdza wymaganych przez zamawiającego środków finansowych zawartych w SIWZ pkt 8 jako Warunek-3 pkt 1”.

W drugim piśmie z dnia 12.09.2008 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego, iż unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 22.09.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest (pismo z dnia 19.09.2008 r.) Odwołującego, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
„1) art. 7 ust. 1 ustawy – poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji,
2) art. 26 ust. 3 ustawy – poprzez zaniechanie czynności uzupełnienia oferty protestującego,
3) art. 88 ust. 1 pkt a ustawy – poprzez zaniechanie czynności sprostowania omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny,

4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – poprzez uznanie, iż oferta podlega odrzuceniu z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
5) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy – poprzez uznanie, iż oferta podlega odrzuceniu z uwagi na błędne obliczenie ceny oferty,
6) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy – poprzez uznanie, iż postępowanie podlega unieważnieniu z uwagi na okoliczność, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia,
7) innych przepisów wskazanych bądź wynikających z uzasadnienia.”

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o:

„a) unieważnienie czynności wykluczenia Protestującego z postępowania;
b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego złożonej w postępowaniu;
c) powtórzenie czynności oceny ofert w odniesieniu do oferty Protestującego co jest równoznaczne z utrzymaniem czynności odrzucenia i/lub odrzucenia w odniesieniu do pozostałych Wykonawców;
d) uznanie, iż ofertę najkorzystniejszą złożył Protestujący,
e) zawarcie umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne z Protestującym”.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, co następuje:

1) Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu protestu.

2) Cena określona za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową. Zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) Pzp, w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Powyższe oznacza, że w przypadku takiej ceny zamawiający nie dokonuje żadnych poprawek w cenie ofert a jedynie przyjmuje za prawidłową cenę ryczałtową zawartą w ofercie. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo zespołów arbitrów. Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że omyłka w ofercie Odwołującego stanowi omyłkę rachunkową, to z uwagi na fakt, iż cena za realizację przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową, Zamawiający miał obowiązek przyjąć za prawidłową cenę brutto oferty, bez względu na sposób jej obliczenia.

3) Konsekwencją błędnego przyjęcia podstaw do odrzucenia oferty stało się zaniechanie Zamawiającego dokonania obowiązkowej czynności uzupełnienia oferty Odwołującego na

4

podstawie art. 26 ust. 3 Pzp o dokumenty potwierdzające posiadanie przez Odwołującego zdolności ekonomicznej i finansowej do realizacji zamówienia.

4) - 6) Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem art., 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w wyniku uznania, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. nie posiada wymaganej zdolności ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Wbrew obowiązki określonej w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 Pzp Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający bez wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów nie mógł odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jednocześnie, Odwołujący przedłożył, wraz z protestem Zamawiającemu dodatkowe referencje, które, zdaniem Odwołującego, potwierdzają, iż Odwołujący posiada niezbędną zdolność ekonomiczną i finansową do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 29.09.2008 r. Zamawiający oddalił protest, uznając go za niezasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podniósł, przede wszystkim, iż:

1) Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami Pzp,

2) Zamawiający odrzucił dwie oferty, pozostałe dwie oferty miały ceny za zrealizowanie przedmiotu zamówienia przewyższające kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Dlatego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji.

2,4). Odwołujący złożył dokument w postaci zaświadczenia z banku. Dokument ten jest wolny od błędów formalnych i merytorycznych. Z dokumentu nie wynika, że Odwołujący spełnia warunek posiadania wolnych środków lub zdolności kredytowej w wysokości 1.000.000 zł, wobec czego Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

3,5) Odwołujący w złożonej ofercie błędnie wyliczył wysokość podatku VAT. Zgodnie z art. 88 ust. 1 Pzp zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny.

Niewłaściwie obliczony podatek VAT jest traktowany jako błąd w obliczeniu ceny i stanowi przesłankę do odrzucenia oferty.

Brak jest podstaw prawnych do poprawienia przez zamawiającego błędu w obliczeniu ceny.

5

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny.

6) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Od rozstrzygnięcia protestu, w piśmie z dnia 01.10.2008 r. złożonym w dniu 03.10.2008 r. w placówce pocztowej operatora publicznego, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopię odwołania Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 02.10.2008 r., za pomocą faksu. W odwołaniu tym Odwołujący podtrzymał podniesione w proteście zarzuty i argumentację.

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o:

- „1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu;
3. powtórzenie czynności oceny ofert w odniesieniu do oferty Odwołującego co jest równoznaczne z utrzymaniem czynności odrzucenia i/lub odrzucenia w odniesieniu do pozostałych Wykonawców;
4. uznanie, iż ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący,
5. zawarcie umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne z Odwołującym”.

Skład orzekający Izby, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego, złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

1. Rozpatrując zarzut odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w wyniku uznania przez Zamawiającego, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny wskutek nieprawidłowo obliczonej kwoty podatku VAT, skład orzekający Izby uznał zarzut Odwołującego za zasadny, z następujących powodów:

W złożonej ofercie, w pkt 3 ppkt 8 wypełnionego formularza ofertowego Odwołujący podał kwotę podatku VAT w nieprawidłowej wysokości, tj. 676.207,10 PLN, podczas, gdy kwota podatku wyliczona od podanej w ofercie ceny netto 3.073.668,72 PLN, przy zastosowaniu 22% stawki podatku, wynosi 676.207,12 PLN. Odwołujący podał jednocześnie cenę brutto oferty: 3.749.875,82 PLN, tj. o 2 grosze niższą niż kwota stanowiąca sumę podanej w ofercie

6

ceny netto i kwoty podatku VAT prawidłowo obliczonej. W ocenie składu orzekającego powyższa różnica stanowi omyłkę rachunkową przy obliczaniu ceny a nie błąd w jej obliczeniu.

W § 13 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, zawarto zapis wskazujący wprost na ryczałtowy charakter wynagrodzenia:

„1. Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wybraną w trybie przetargu ofertą Wykonawcy jest wynagrodzenie ryczałtowe, niezmiennie do czasu zakończenia inwestycji.

2. Ustalone niezmiennie wynagrodzenie Wykonawcy za całość zamówienia wyraża się na kwotę: (...)”.

Zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) Pzp, w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Wobec powyższego, w przypadku ceny ryczałtowej Zamawiający nie dokonuje poprawek w cenie ofert, przyjmając bowiem należy za prawidłową, podaną w ofercie, cenę ryczałtową, przez którą należy rozumieć cenę uwzględniającą podatek VAT, tj. cenę brutto zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn.zm.).

2. W SIWZ w pkt 8 „Warunki udziału w postępowaniu wraz z oceną spełniania warunków oraz dokumentami i oświadczeniami wymaganymi przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania tych warunków” Zamawiający zawarł warunek „znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia” (warunek-3). W celu potwierdzenia spełniania tego warunku, Zamawiający zawarł wymóg załączenia do oferty informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym Wykonawca posiada podstawowy rachunek

bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w kwocie nie mniejszej niż 1.000.000 zł (...)"

Zamawiający ustalił w toku badania i oceny ofert, że załączone do oferty Odwołującego dokumenty wystawione przez Łącki Bank Spółdzielczy (zaświadczenie z dnia 21.08.2008 r.) oraz Bank PEKAO SA Oddział w Nowym Sączu (opinia z dnia 16.07.2008 r.) nie potwierdzają spełniania tego warunku i uznał, iż Odwołującego należy wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający nie zastosował się do wymogu określonego w art. 26 ust. 3 Pzp, tj. nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp (potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu), gdyż, jak wyjaśnił na

7

rozprawie, w jego ocenie, wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów dopuszczalne jest jedynie w przypadku gdy złożone dokumenty zawierają błędy.

W świetle dokonanego ustalenia stanu faktycznego sprawy, skład orzekający Izby uznał zasadność zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, w sytuacji braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, naruszył powołany przepis (art. 26 ust. 3 Pzp).

Należy jednocześnie wskazać, iż z treści załączonego do protestu Odwołującego zaświadczenia Łąckiego Banku Spółdzielczego z dnia 04.09.2008 r. wynika, że Odwołujący spełnia wyżej wskazany warunek udziału w postępowaniu.

3. W wyniku ustalenia, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, której cena jest niższa niż kwota, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Izba uznała za zasadny zarzut dokonania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W świetle powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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).

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

9