

Sygn. akt: KIO/UZP 1091/08

WYROK
z dnia 22 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Stanisław Sadowy
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: PPUH APM Sp. z o.o., 44-200 Rybnik, ul. Wyglendy 42, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych JAF Sp. z o.o., 44-203 Rybnik, ul. Mikołowska 107** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasta Pszów, 44-370 Pszów, ul. Pszowska 534** protestu z dnia 17 września 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Pszów, 44-370 Pszów, ul. Pszowska 534

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: PPUH APM Sp. z o.o., 44-200 Rybnik, ul. Wyglendy 42, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych JAF Sp. z o.o., 44-203 Rybnik, ul. Mikołowska 107,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasta Pszów, 44-370 Pszów, ul. Pszowska 534** na rzecz **Konsorcjum: PPUH APM Sp. z o.o., 44-200 Rybnik, ul. Wyglendy 42, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych JAF Sp. z o.o., 44-203 Rybnik, ul. Mikołowska 107,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 **Konsorcjum: PPUH APM Sp. z o.o., 44-200 Rybnik, ul. Wyglendy 42, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych JAF Sp. z o.o., 44-203 Rybnik, ul. Mikołowska 107.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy AIR-341/12/08) na: *„Budowę chodnika oraz kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ciągu drogi wojewódzkiej nr 933, na odcinku od stacji benzynowej do granicy miasta, w Pszowie”*, zostało wszczęte przez Gminę Miasto Pszów, ul. Pszowska 54, 44-370 Pszów zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem ogłoszenia: 188404-2008 w dniu 12.08.2008 r.

W dniu 11.09.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania, w tym: Konsorcjum firm: PPUH „APM” Sp. z o. o., ul. Wyglendy 42, 44-200 Rybnik (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych „JAF” Spółka z o. o., ul. Mikołowska 107, 44-203 Rybnik (Partner Konsorcjum) zwanym dalej: *„Konsorcjum PPUH APM Sp. z o. o.”* albo *„Protestującym lub Odwołującym”* informacje

o wyborze oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwa Usługowego „TELE-MAR” Sp. z o.o., ul. Stalowa 4, 47-400 Raciborzu zwanego dalej: „TELE-MAR Sp. z o.o.” i odrzuceniu oferty m.in. Konsorcjum PPUH APM Sp. z o. o. na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp”

Zamawiający stwierdził, iż postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” (pkt 16.5 i Załącznik nr 1 pn. „Formularz oferty”) zobowiązał Wykonawcę, aby poza podaniem ostatecznej ceny brutto za przedmiot zamówienia, dokonał dodatkowo jej rozbicia na wskazane zakresy, ale już w kwotach netto. Wykonawca jednak, jak wskazał, zamiast zamieścić w formularzu ofertowym koszty netto wskazał koszty brutto, tym samym nie zastosował się do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ.

W związku z powyższym i z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści (wymaganiom) SIWZ, Zamawiający odrzucił ofertę (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

W dniu 17.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) Konsorcjum PPUH APM Sp. z o. o., wniosło na podstawie art. 180 ust.1 Pzp protest wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez Konsorcjum PPUH APM Sp. z o. o.
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TELE-MAR Sp. z o.o.

Niniejsze czynności Zamawiającego naruszają, jego zdaniem:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z art. 82 ust.3 Pzp
- art. 91 ust. 1 Pzp

Wskazując na naruszenie przez Zamawiającego powyższych przepisów wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Protestującego,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenie czynności oceny ofert,
4. wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami SIWZ i przepisami Pzp.

Protestujący stwierdził, iż czynności Zamawiającego zostały podjęte z naruszeniem wskazanych przez Protestującego przepisów, bowiem zgodnie z art.82 ust.3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, w tym miejscu podkreślił, że wymieniona w tej przesłance „treść” to merytoryczna zawartość oferty i zgodność obu tych dokumentów istotna jest jedynie w tym zakresie (patrz „Prawo zamówień publicznych”, Komentarz, Wydanie III, Urząd Zamówień Publicznych 2007). Komentarz, jak wskazał Protestujący, wymienia sytuacje, które mogą stanowić o wystąpieniu niezgodności oferty z treścią SIWZ. Są nimi:

1. Propozycja wykonania innego zamówienia niż opisane w SIWZ,

2. Zaproponowanie dłuższego niż w SIWZ terminu wykonania zamówienia,
3. Podanie krótszego niż wymagany terminu związania z ofertą,
4. Dokonanie obliczenia ceny w sposób sprzeczny z podanym w SIWZ,
5. Sytuacja gdy zachodzi sprzeczność jakiegoś postanowienia oferty ze wzorem umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe przykłady można przyjąć, iż co do zasady powodem odrzucenia oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ jest przede wszystkim brak spełnienia wymogów przedmiotowych. Zasadnym jest więc twierdzenie, że treść oferty odnosi się do jej merytorycznej zawartości - przedmiot, cena, termin realizacji, technologia, materiały itp.

Wymienione wyżej sytuacje nie wystąpiły w omawianym postępowaniu, zdaniem Protestującego, gdyż wszystkie terminy podane w ofercie są zgodne z wymaganiami SIWZ, a o dokonaniu obliczenia ceny w sposób sprzeczny z podanym w SIWZ nie może być mowy, ponieważ SIWZ takich postanowień nie zawierała stanowiąc w pkt 16.2 „*W składanej ofercie Wykonawca nie przedstawia sposobu wyceny robót*”. Zamieszczona w formularzu ofertowym tabela również nie może zostać potraktowana jako podany przez Zamawiającego sposób wyliczenia ceny, ponieważ miała ona zawierać jedynie informacje o wielkości zaangażowania finansowego w poszczególnych latach.

Nie można również dowodzić, zdaniem Protestującego, sprzeczności jakiegoś postanowienia oferty ze wzorem umowy, gdyż Wykonawca wypełnił tabele zawartą w formularzu ofertowym w sposób, który wynikał jednoznacznie z treści zmodyfikowanego w dniu 27.08.2008 r. wzoru umowy - § 5 pkt 4 ppkt 1 zawierającego zastrzeżenie: “(....) *suma faktur częściowych za realizację I etapu kanalizacji sanitarnej i deszczowej w roku 2008 nie może przekroczyć 2.000.000 zł brutto*”.

Powołany w uzasadnieniu odrzucenia oferty art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, jak wskazał Protestujący, dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, tym samym przyjąć należy, że nie może stanowić on podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami SIWZ (patrz powołany wyżej Komentarz) w tym konkretnym przypadku forma oferty została określona w przedstawionym wykonawcom formularzu ofertowym. Popołniony przez Wykonawcę błąd w wypełnieniu tabeli zawartej w formularzu ofertowym polegał jedynie na wypełnieniu jej zgodnie ze zmodyfikowanym wzorem umowy i podaniem wartości poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia w cenach brutto, a nie jak stanowił formularz cenach netto. Błąd ten nie ma żadnego wpływu ani na porównywalność złożonych ofert ani na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając dotychczasową praktykę orzecznictwa ZA, jak podniósł Protestujący, oferty niezgodnej co do formy z wymogami zawartymi w SIWZ nie można odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przykładowo:

a) w wyroku z dnia 21.02.2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-153/2007 Zespół Arbitrów uznał,

że w przypadku gdy zmiana dokonana przez wykonawcę we wzorze formularza cenowego załączonego przez Zamawiającego do SIWZ ma jedynie charakter formalny i nie zmienia wymogów merytorycznych określonych w SIWZ brak jest podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

b) niezgodność oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy: *„zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy i oczekiwania zamawiającego”* (sygn. akt: UZP/ZO/0-416/05).

Podobnie w wyroku KIO z dnia 10.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP166/08.

W świetle powyższych argumentów faktycznych i prawnych Protestujący podniósł, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, choć nie wystąpiły przesłanki do jego zastosowania. Bezpodstawne odrzucenie oferty Protestującego skutkowało także naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 91 Pzp, bowiem według kryteriów oceny ofert zawartych w SIWZ - 100% ceny, ofertą najkorzystniejszą jest oferta złożona przez Protestującego.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego zasad określonych w Pzp interes prawny Protestujących doznał uszczerbku, gdyż pomimo złożenia prawidłowej, nie podlegającej odrzuceniu oferty, nie uzyskał on zamówienia.

W dniu 17.09.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia do postępowania protestacyjnego nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 23.09.2008 r. (pismem z dnia 22.09.2008 r.) poprzez jego odrzucenie. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał na okoliczność niezgodności treści sporządzonej oferty z treścią (wymaganiami) SIWZ. Niezgodność owa polegała na tym, iż Protestujący nie zastosował się do wymogów zawartych w pkt 16.5 SIWZ i w konsekwencji w „Formularzu ofertowym” i dokonał rozbicia ceny oferty na wskazane zakresy w kwotach brutto a nie, jak tego oczekiwał Zamawiający, w kwotach netto.

Zdaniem Zamawiającego, nie sposób jest się zgodzić z Protestującym, iż zaistniały: *„błąd w wypełnieniu tabeli”* jest jedynie uchybieniem formalnym nie mającym wpływu na treść oferty. Oferta sporządzona została niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a omawiane postanowienia nie dotyczyły formy oferty a jedynie wymagań co do jej treści.

Zamawiający wskazał, iż przesłanką odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Wbrew odmiennym twierdzeniom

Protestującego, omawiany przepis nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty. Przedmiotowa niezgodność może polegać na błędnym wypełnieniu „Formularz ofertowego” (stanowiącego część oferty) polegająca na odmiennym niż ustalił Zamawiający sposobie wypełnienia oferty w zakresie wartości robót objętych zamówieniem podstawowym.

Ta niezgodność, tak jak to miało miejsce w niniejszym przypadku, jak podniósł Zamawiający, polegała na błędnym określeniu przez Wykonawcę w „Formularzu ofertowym” wynagrodzenia w wysokości „brutto” w miejsce wynagrodzenia Wykonawcy w wysokości „netto”.

To na Wykonawcy, jak zauważył Zamawiający, spoczywa obowiązek prawidłowego określenia wysokości wynagrodzenia w tym zakresie i wskazania tego w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Wykonawca uchybił tej powinności, stąd zaistniała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

W dniu 26.09.2008 r. (pocztą) Odwołujący na odrzucenia protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania podniesione 4w proteście, czyli naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z art. 82 ust.3 Pzp w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego;

- art. 91 ust.1 Pzp w związku z dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TELE - MAR Sp. z o.o.

Żądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenia czynności oceny ofert,
4. wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami SIWZ i Pzp.

Odwołujący ponowił całą argumentację zawartą w proteście, dodając tylko, iż w wyroku z dnia 10.03.2008 r., sygn. akt KIO/UZP166/08 stwierdzono, że: "(...) o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości."

Ponadto, ponawiając, iż zgodnie z orzecznictwem niezgodność oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy: „zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy i oczekiwania zamawiającego” (sygn. akt UZP/ZO/0-416/05) stwierdził, że pogląd

ten znalazł odzwierciedlenie w nowelizacji Pzp, która aby jednoznacznie wyjaśnić wątpliwości interpretacyjne związane z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp zmieniła jego brzmienie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu (wpływ bezpośredni).

Z uwagi na brak przystąpień na etapie protestu Zamawiający nie wzywała do przyłączenia się do postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: SIWZ, ofertą i po wysłuchaniu stron na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. najniższej ceny, w przypadku uwzględnienia i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na zaferowanie najniższej ceny, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odnie się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z art. 82 ust.3 Pzp, uznając w/w zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Z kolei w myśl art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

Izba wskazuje, iż powyższa kwestia była wielokrotnie przedmiotem orzekania KIO m.in. w wyroku z dnia 06.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 151/08 stwierdza się, iż: *„Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania*

o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ”.

W innym orzeczeniu, tj. wyroku z dnia 26.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 218/08 podnosi się z kolei, że: „(.....) oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”.

Wobec powyższego Izba podtrzymuje stanowisko, iż we wskazanych przepisach chodzi o niezgodność merytoryczną, a nie formalną. Niniejsze stanowisko jest także przedstawione tak przez Odwołującego, który powołuje się na „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, wyd. III, UZP 2007, teza 6, str. 289, jak również Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, przy czym odmiennie jest przez strony kwalifikowany stan faktyczny, będący przedmiotem odwołania, a który skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego i wyborem jako najkorzystniejszej oferty konkurencyjnej.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

Po pierwsze, w ramach modyfikacji z dnia 27.08.2008 r. Zamawiający zmienił: cz. II „Formularza oferty” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ oraz § 5 „Wzoru umowy”.

W formularzu zmienił zapis pierwotny tworząc tabele, której przedmiotem miały być wartości poszczególnych zakresów robót. Wykonawcy składający ofertę mieli podać w tabeli koszty realizacji netto na rok 2008 i 2009, budowy chodnika wraz z odwodnieniem i przebudową linii energetycznej NN oraz linia telekomunikacyjną, budowy kanalizacji sanitarnej oraz budowy kanalizacji deszczowej. Przy czym zapis stwierdza, iż w/w wartości Wykonawca: „szacuje na:” Zapis pierwotny nie przewidywał rozbicia na poszczególne lata.

We wzorze umowy natomiast, w § 5 ust. 4 pkt 1 lit a-c Zamawiający dopisał, iż: „z zastrzeżeniem, iż suma faktur częściowych za realizację I etapu kanalizacji sanitarnej i deszczowej w roku 2008 nie może przekroczyć 2.000.000,00 zł brutto”.

Po drugie, w SIWZ pkt 16. Sposób obliczenia ceny oferty Zamawiający zawarł następujące zapisy:

„16.1. W cenie oferty należy uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, którego zakres określony został w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w połączeniu z Dokumentacją Projektową i Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru. W cenie oferty należy uwzględnić także wszelkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego i zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami, wykonania zamówienia, w tym opłatę za zajęcie pasa drogowego, koszty zapewnienia obsługi geodezyjnej, koszt organizacji placu budowy, koszt terenu pod zaplecze z drogą dojazdową do zaplecza, koszt organizacji zaplecza wraz z mediami, koszty niezbędne do rozpoczęcia robót, koszty odszkodowań i.t.p. Podana w formularzu cena stanowi cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia.

16.2. W składanej ofercie Wykonawca nie przedstawia sposobu wyceny robót (kosztorysów ofertowych). W wypadku ich złożenia, dokument ten nie będzie podlegał jakiegokolwiek ocenie.

16.3. Ceny w ofercie należy określać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, stosując zasadę § 9 ust. 6 z Rozporządzenia Ministra Finansów dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom (...), Dz. U. Nr 95, poz. 798).

16.4. Wykonawca ma obowiązek podać w Formularzu Oferty cenę (brutto) za wykonanie zamówienia.

16.5. Wykonawca składający ofertę, poza podaniem ostatecznej ceny za przedmiot zamówienia, zobowiązany jest do jej rozbicia (w kwotach netto) na następujące zakresy, tj.:

- 1) Budowę chodnika wraz z odwodnieniem i przebudową linii energetycznej NN oraz linią telekomunikacyjną,
- 2) Budowę kanalizacji sanitarnej,
- 3) Budowę kanalizacji deszczowej,

16.6. W przypadku wykonawców, którzy posiadają siedzibę, stałe miejsce prowadzenia działalności lub stałe miejsce zamieszkiwania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeśli to zamawiający będzie zobowiązany do rozliczenia podatku od towarów i usług, zamawiający - wyłącznie dla celów porównania ofert - doliczy do podanej ceny podatek VAT, zgodnie z obowiązującymi polskimi przepisami podatkowymi. Podczas otwarcia ofert zamawiający odczyta cenę wskazaną w Formularzu Oferty.”

Po trzecie, we wzorze umowy określił Zamawiający termin realizacji. W ust.1 § 2 stwierdził, iż Wykonawca wykona przedmiot zamówienia w terminie do dnia 31.07.2009 r.,

z tym, że etap I robót zostanie wykonany do dnia 15.12.2008 r. Zgodnie z ust. 2 powyższego paragrafu: „*Etap I, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wykonanie następującego zakresu robót: 1) Budowy chodnika wraz z odwodnieniem i przebudową linii energetycznej NN oraz linią telekomunikacyjną, 2) Budowy kanalizacji sanitarnej, 3) Budowy kanalizacji deszczowej, we wskazanych, na załącznikach graficznych, odcinkach*”. Natomiast w § 3 ust.2 lit. a Zamawiający określił, iż Wykonawca wykona przedmiot umowy zgodnie ze sztuką budowlaną, wymaganiami technicznymi określonymi w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, z materiałów własnych nieużywanych.

W § 5 ust. 1 Wzoru umowy Zamawiający stwierdził, iż: „*Wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie materiałów przetargowych za realizację przedmiotu umowy wynosi zł brutto (...)*”. W ust. 2 niniejszego paragrafu Zamawiający określa formy rozliczeń i płatności za roboty. W ust. 4 w/w paragrafu zawarł zapisy, iż: „*Termin zapłaty liczony będzie od daty dostarczenia Zamawiającemu dokumentów rozliczeniowych, tj: 1) faktur częściowych Wykonawcy, za wykonanie I etapu robót, o którym mowa w § 2 ust. 2 umowy, w rozbiciu na odpowiednie zakresy, tj.: a) Budowę chodnika wraz z odwodnieniem i przebudową linii energetycznej NN oraz linią telekomunikacyjną, b) Budowę kanalizacji sanitarnej, c) Budowę kanalizacji deszczowej, z naliczonym podatkiem VAT oraz wpisanym numerem NIP Zamawiającego i protokołu odbioru częściowego, sporządzonego i podpisanego przez osoby upoważnionej z ramienia Zamawiającego i Wykonawcy, potwierdzającego zrealizowanie przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem, iż suma faktur częściowych za realizację I etapu robót kanalizacji sanitarnej i deszczowej w roku 2008 nie może przekroczyć 2.000.000,00 zł brutto.*

2) faktur końcowych Wykonawcy, w rozbiciu na odpowiednie zakresy jak w pkt. 1), z naliczonym podatkiem VAT oraz wpisanym numerem NIP Zamawiającego i protokołu odbioru końcowego, sporządzonego i podpisanego przez osoby upoważnione z ramienia Zamawiającego i Wykonawcy, potwierdzającego wykonanie przedmiotu umowy, wolnego od wad, lub protokołu odbioru końcowego ze stwierdzonymi wadami wraz z pismem Zamawiającego potwierdzającym usunięcie wszystkich wskazanych w protokole wad”.

Analizując w/w zapisy SIWZ i wzoru umowy w odniesieniu do stanu faktycznego, tj. złożenia przez Odwołującego ofert z podaniem ostatecznej ceny brutto za przedmiot zamówienia, z jej rozbicia na wskazane zakresy, ale w kwotach brutto, a nie netto, Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, przytoczone zapisy SIWZ, tj. w pkt 16.1 i 16. 2 oraz § 3 ust.2 lit. a i § 5 ust. 1 Wzoru umowy w sposób niebudzący żadnej wątpliwości określają cenę ofertową jako cenę ryczałtową, co określa sposób wyliczenia ceny.

Po drugie, zgodnie z pkt. 16. 4 SIWZ Wykonawca miał obowiązek podać w Formularzu Oferty cenę (brutto) za wykonanie zamówienia i owa cena stanowi kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 18 SIWZ (najniższa cena). Jedyny wyjątek w tym zakresie stanowiło zastrzeżenie z pkt 18.3 odnoszące się do pkt 16.6 względem Wykonawców, którzy posiadają siedzibę, stałe miejsce prowadzenia działalności lub stałe miejsce zamieszkiwania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co nie miało miejsca w tym postępowaniu.

Po trzecie, Izba zgadza się, iż w pkt 16. 5 SIWZ Zamawiający ustalił zapis, który znalazł swoje odzwierciedlenie tak w pierwotnym formularzu ofertowym, jak jego późniejszej modyfikacji, tj. wymóg rozbicia ceny ofertowej brutto we wskazanych zakresach w kwotach netto.

Po czwarte, Izba stwierdziła, iż w odróżnieniu od zapisów SIWZ oraz formularza ofertowego wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ w odniesieniu do zakresu wskazanego w formularzu ofertowym (§ 5 ust. 4 pkt 1 i 2 Wzoru umowy) operuje wartościami „z naliczonym podatkiem VAT”, tak w odniesieniu do faktur częściowych, jak i faktur końcowych. Powyższe potwierdził również podczas rozprawy Zamawiający. Ponadto, pkt 1 lit. a-c wskazanego paragrafu ust. 4 zawarto zapis, iż: „z zastrzeżeniem, iż suma faktur częściowych za realizację I etapu kanalizacji sanitarnej i deszczowej w roku 2008 nie może przekroczyć 2.000.000,00 zł brutto”. Na marginesie trzeba także dodać, że także § 12 regulujący wysokość zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia odnosi się do ceny brutto całkowitej podanej w ofercie, jak i kary umowne zawarte we wzorze umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdza, że żaden zapis SIWZ, ani wzoru umowy nie wskazuje, iż rozbicie ofertowej ceny brutto we wskazanych zakresach w kwotach netto stanowić będzie essentialia negotii przyszłej umowy, istotna jest bowiem dla Zamawiającego wartość przedmiotu umowy, czyli wartość brutto i to również we wskazanych zakresach, co świadczy o tym, iż zapis w ofercie Odwołującego w żaden sposób nie ma wpływu na merytoryczną treść oferty. Zapis zastosowany w ofercie Odwołującego, nie naruszył także obostrzenia zawartego na końcu § 5 ust. 4 pkt 1 lit. a- c wzoru umowy.

W wyniku powyższych ustaleń, Izba uznaje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym, powyższa niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ miała charakter niezgodności o charakterze formalnym, a nie merytorycznym. Wskazana niezgodność to nic innego, jak tylko niezgodność co do sposobu wypełnienia. Zdaniem Izby powyższy wymóg ma charakter informacyjny, na co wskazuje także, iż podane kwoty miały jedynie szacunkowy charakter.

Na poparcie swojego stanowiska Izba powołuje się również na wyrok KIO z dnia 31.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08 w którym stwierdzono, iż: „*Odnosnie kwestii, czy brak ceny oferty netto stanowi przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność merytoryczną z treścią SIWZ, należy w pierwszej kolejności podważyć*

zasadność powołania się przez Odwołującego na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.10.2002 r., sygn. akt: V Ca 1015/02. Przepis art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w brzmieniu obowiązującym od wejścia w życie Pzp w 2004 r., nie jest tożsamy z jego wcześniejszym brzmieniem pod rządami poprzedniej ustawy. Powyższe zostało w sposób nie budzący wątpliwości wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie i doktrynie. W tym aspekcie, konieczne jest ustalenie, czy ma miejsce niezgodność o charakterze formalnym, czy też merytorycznym, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów. Należy uznać, biorąc pod uwagę, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z ceną ryczałtową, jak i analizując art. 66 Kc w związku z art. 14 Pzp, iż cena oferty netto w tym postępowaniu, w tym stanie faktycznym nie stanowi essentialia negotii przyszłej umowy, istotna jest bowiem dla Zamawiającego wartość przedmiotu umowy, czyli wartość brutto”.

Ponadto, Izba stwierdza, iż Odwołujący, podając wartości brutto we wskazanych zakresach de facto zastosował się do wszystkich zapisów SIWZ oraz wzoru umowy, spełniając wszelkie oczekiwania Zamawiającego, w tym także do pkt 16.5 oraz formularza ofertowego po modyfikacji z 27.08.2008 r. Skoro w ofercie wskazano prawidłowo cenę brutto, jak również w sposób prawidłowy obliczono stawkę VAT, to niezasadne jest twierdzenie o niemożliwej do przeprowadzenia weryfikacji oferty z powodu braku ceny netto. W tym miejscu Izba podkreśla, że Zamawiający nie zarzucał Odwołującemu zastosowania błędnej stawki podatku VAT w odróżnieniu do innej odrzuconej oferty. Podnoszona podczas rozprawy przez Zamawiającego kwestia wątpliwości co do obowiązującej stawki podatku VAT jest chybiona. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, iż od 01.01.2008 r. obowiązującą stawką podatku VAT jest stawka 22 %, za wyjątkiem stawki 7 % w odniesieniu do kubatury mieszkaniowej. Ponadto, Izba stwierdza, iż z uwagi na informacyjny charakter kwot podanych w formularzu ofertowym w rozbiciu na wskazane zakresy, nie ma żadnych przeciwwskazań, aby Zamawiający dla celów statystycznych, czy też planowania inwestycyjnego wyliczył kwoty netto.

Izba podkreśla także, iż wyżej wskazany wyrok KIO był przedmiotem weryfikacji przez sąd, który wskazał, iż: „(.....) w całej rozciągłości podziela również obszernie uzasadnienie stanowiska KIO co do niezasadności zarzutu (.....) sprzeczności treści oferty z SIWZ polegającej na braku w formularzu ofertowym wpisanej ceny netto. Skoro w ofercie wskazano prawidłowo cenę brutto, jak również w sposób prawidłowy obliczono stawkę VAT to niezasadne jest twierdzenie o niemożliwej do przeprowadzenia weryfikacji oferty z powodu braku ceny netto. I tym bardziej brak podstaw do uznania, iż doszło w sprawie do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty (.....)” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.05.2008 r., sygn. akt: V Ca 903/08).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z art. 82 ust.3 Pzp.

Wobec potwierdzenia się wskazanego wyżej zarzutu, Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji, Zamawiający winien powtórzyć czynność badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*