

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

NOVUM Sp. z o.o. ul. Częstochowska 21, 62-800 Kalisz

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Kaliskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.

ul. Rumińskiego 13-15, 62-800 Kalisz

protestu z dnia 24 lipca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża NOVUM Sp. z o.o. ul. Częstochowska 21, 62-800 Kalisz 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 NOVUM Sp. z o.o. ul. Częstochowska 21, 62-800 Kalisz,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 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 NOVUM Sp. z o.o. ul. Częstochowska 21, 62-800 Kalisz.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę trzech budynków wielorodzinnych w Kaliszu przy ul. Armii Krajowej 37-41 (IN.02-VI/08)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem zamówienia jest budowa pod klucz trzech wielorodzinnych budynków mieszkalnych (łącznie 148 mieszkań), posiadających cztery kondygnacje mieszkalne i przyziemie z garażami, komórkami lokatorskimi itp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 czerwca 2008 r. pod numerem 139519-2008. Wartość postępowania została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 18.227.732,77 zł, tj. 4.701.383,19 euro. Kryterium oceny ofert była najniższa cena. Termin składania ofert upłynął 16 lipca 2008 r., złożono dwie oferty, w tym ofertę Odwołującego.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Budowlane Usługowo – Remontowe MURBET Sp. jawna Wojciech Jaśkiewicz, Anna Śliwińska i Zakład Tworzyw Sztucznych METALPLAST – KALISZ Sp. z o.o. (zwana dalej PBUR MURBET Sp. j.), Odwołujący otrzymał 21 lipca 2008 r.

Na powyższą czynność 24 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych żądając „uchylenia decyzji w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty” i odrzucenia tej oferty, a w konsekwencji dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego wybrana oferta jest dotknięta rażącymi uchybieniami – niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona.

Na poparcie swoich zarzutów Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Wykonawcy złożyli wraz z ofertą referencje, które nie spełniają warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, powołując się na art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w części I, ust. 5 pkt 1 lit. b) (1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdził, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym wykonali roboty budowlane w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, polegające na wybudowaniu w charakterze generalnego wykonawstwa co najmniej trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych wykonanych wraz z infrastrukturą, każdy o powierzchni użytkowej min. 1.500,00 m² lub porównywalnych o charakterze użyteczności publicznej, w tym jednego mieszkalnego wielorodzinnego.

Tego wymogu nie spełnia adaptacja spichlerza na salę gimnastyczną zlecona przez Urząd Miasta Lewin (Brzeski). Adaptacja obiektu budowlanego nie może być uznana za budowę – na poparcie wniosku Odwołujący powołał się na wyrok WSA w Białymstoku sygn. II SA/Bk 428/2006. Poza tym budowa miała być wykonana w charakterze generalnego wykonawstwa oraz wraz z infrastrukturą.

Wymogu Zamawiającego nie spełnia także zadanie wykonane dla Gminy Skarbierz. Jak wynika z dokumentacji, zadanie to opiewało na kwotę 1.469.214 zł – za tę cenę zatem nie mogło być budową obiektu o powierzchni pow. 1.500 m².

Odwołujący podnosi przy tym, iż nie mógł odnieść się do wszystkich dokumentów złożonych z ofertą, nie zostały mu bowiem one udostępnione przez Zamawiającego.

Budowa hali dla powiatu brzeskiego nie była realizowana przez PBUR MURBET Sp. j. jako generalnego wykonawcę – co wynika z protokołów z sesji rady oraz sprawozdania wicestarosty. Wykonawcą generalnym była Partner Opole, która zeszła z budowy przed jej zakończeniem, a pozostałe roboty, tj. stropy podwieszane, instalacje branży elektrycznej i c.o., przyłącza c.o., tynki i płytkowanie części socjalnej wykonywała PBUR MURBET Sp. j.

PBUR MURBET Sp. j. zastosowała stawkę podatku VAT dotyczącą infrastruktury towarzyszącej w wysokości 7%. Zgodnie z art. 41 ust. 1 i art. 146 ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług od 1 stycznia 2008 r. dla infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu stosuje się stawkę VAT w wysokości 22%. Zastosowanie dla niej stawki 7% zaniżyło cenę i spowodowało omyłki w ofercie. W związku z tym w momencie zapłaty wynagrodzenia Zamawiający poniósłby stratę w wysokości różnicy w podatku VAT. Takie zniżenie ceny powoduje, że oferty innych wykonawców są niekonkurencyjne, bowiem ich ceny z uwagi na zastosowanie 22% stawki podatku VAT są wyższe. Przyjęcie przez Zamawiającego dokumentacji z tak rażącym błędem narusza zasadę uczciwej konkurencji i już na starcie pokazuje, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

PBUR MURBET Sp. j. nie załączyła do oferty ostatniej strony harmonogramu stanowiącego dodatkowe wyjaśnienia do tego harmonogramu, co było wymogiem Zamawiającego. Zatem oferta jest niekompletna, co powoduje, że powinna zostać odrzucona.

Oferta PBUR MURBET Sp. j. zawiera załącznik – kosztorysy. Pomimo, iż stanowią one załącznik do oferty, nie zostały udostępnione przedstawicielowi Odwołującego w trakcie weryfikacji dokumentacji. Odmowa w tym zakresie powoduje, że w niniejszym postępowaniu uprzywilejowani byli określone wykonawcy, inni zaś traktowani w sposób znacznie gorszy, co powoduje, iż w sposób rażąco naruszono zasady uczciwej konkurencji. W ofercie PBUR MURBET Sp. j. brak było numeracji stron, co powoduje, iż w dowolnym momencie mogła ona zostać uzupełniona czy zmieniona – a przecież wymóg numeracji stron wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stąd jego niespełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty. Wymóg równego traktowania oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełniania warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów, a w niniejszej sprawie Zamawiający nie traktował w sposób równy wszystkich oferentów, bowiem od PBUR MURBET Sp. j. nie wymagał spełniania warunków, które musieli spełnić inni oferenci. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny – zatem oferta PBUR MURBET Sp. j. podlega odrzuceniu.

25 lipca 2008 r. Zamawiający protest oddalił, informując o tym Odwołującego 28 lipca 2008 r. uznając, iż:

1. Ostatnia strona harmonogramu stanowi tylko informację dla wykonawcy i nie można w żaden sposób wywieść, że strona ta ma charakter dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a jej złożenie lub nie ma żadnego znaczenia dla określenia ceny, co jest zasadniczym celem załącznika nr 5 (określenie kosztu wykonania

poszczególnych elementów zamówienia). Nadawanie nieuzasadnionego znaczenia ostatniej stronie nie może wynikać stąd, że na jej końcu jest miejsce na wpisanie daty i złożenie podpisu – wymóg złożenia podpisu nie dotyczy informacji, ale samego załącznika nr 5, czyli potwierdzenia treści harmonogramu.

2. Zamawiający również miał wątpliwości co do spełniania warunku określonego w punkcie 5 ppkt 1) lit. b) (1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przyjął, iż w zrealizowanym dla niego zadaniu zostały wykonane dwa budynki mieszkalnie i wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełnia każdy z nich oddzielnie, zatem brakowało jednego obiektu o wymaganych parametrach. Zamawiający wezwał wykonawcę, aby przedłożył dokumenty, które wykazałyby spełnianie kwestionowanego warunku – w złożonych dokumentach są przedstawione trzy zadania, z których przynajmniej jedno spełnia na pewno warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika wprost obowiązek ponumerowania stron wraz ze wszystkimi załącznikami, natomiast oferta PBUR MURBET Sp. j. ma wszystkie strony ponumerowane. Przedstawiciele Odwołującego otrzymali do wglądu kompletną ofertę, zawierała ona jednak kosztorysy ofertowe, które nie były przez specyfikację istotnych warunków zamówienia wymagane, dlatego zostały przez Zamawiającego usunięte (nieudostępnione), co spowodowało nieciągłość numeracji poszczególnych stron oferty.

Postawienie zarzutu nierównego traktowania wszystkich uczestników postępowania za wyłączenie w trakcie oglądania przez Odwołującego z oferty kosztorysów, których specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wymagała jest ze strony Odwołującego nadużyciem – właśnie pozostawienie ich w ofercie stanowiłoby o nierównym traktowaniu wszystkich uczestników postępowania, ponieważ mogłoby to działać na szkodę wykonawcy, którego oferta była oglądana.

4. Odwołujący podnosi, że, ze względu na zastosowaną stawkę VAT 7% zamiast 22%, Zamawiający przy wystawianiu faktur musiałby dopłacić wykonawcy kwotę wynikającą z tej różnicy. Jednak Zamawiający w trakcie

badania ofert dokonał obliczeń, z których wynika, iż, przy prawidłowo obliczonej stawce VAT cena oferty byłaby wyższa o 25.049,89 zł. Jednak wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, więc wykonawca działa na swoją szkodę, ponieważ suma wystawionych faktur przy poprawnie naliczonym podatku, nie może przekroczyć ceny ofertowej brutto. Pomimo więc błędu w wyliczeniu ceny oferta nie podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych lub błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający nie może jednak na tej podstawie odrzucić oferty, jeżeli jest to cena ryczałtowa. Przy tak ustalonej cenie, nawet gdyby przyjąć omyłki rachunkowe, zamawiający, na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest przyjąć podaną cenę ryczałtową za prawidłową pomimo, że wykonawca błędnie obliczył VAT.

Wobec powyższego oddalenia protestu 1 sierpnia 2008 r. (wpływ do UZP 4 sierpnia 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu:

1. nierozpoznanie istoty protestu, w szczególności kwestii obligatoryjnego odrzucenia z uwagi na błędne zastosowanie stawki podatku VAT, co doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do postępowania przetargowego i wyboru oferty z błędami w obliczeniu ceny, co skutkowało zaniżeniem wartości oferty i w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. dokonanie wyboru oferty PBUR MURBET Sp. j. pomimo niezłożenia kompletnych dokumentów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci barku harmonogramu z umieszczonymi wyjaśnieniami do harmonogramu i podpisami uprawnionych do reprezentacji wykonawcy oraz błędne przyjęcie, że ostatnia strona harmonogramu (zał. nr 5) stanowi wyłącznie informację dla wykonawcy,
3. dokonanie wyboru oferty PBUR MURBET Sp. j. pomimo złożenia referencji, które nie spełniały wymogów wskazanych w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia oraz błędne przyjęcie przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, iż PBUR MURBET Sp. j. dysponuje referencjami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. dokonanie wyboru oferty PBUR MURBET Sp. j. pomimo złożenia oferty, której poszczególne strony nie były ponumerowane – w treści oferty nie wskazano z ilu stron / kartek składa się oferta, co w znaczny sposób utrudniało możliwość weryfikacji tej oferty przez Odwołującego oraz stwarzało możliwość nieskrępowanego uzupełnienia dokumentacji wchodzącej w skład oferty.

Z uwagi na powyższe Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 w zw. z art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wniósł więc o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty PBUR MURBET Sp. j. i ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie o powtórzenie postępowania przetargowego w całości oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący odniósł się również do argumentacji Zamawiającego przedstawionej w rozstrzygnięciu protestu.

1. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, np. wyrok KIO/UZP 668/08 przepis art. 88 ust. 1 pkt 3a ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczy błędu polegającego na zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT i bez znaczenia jest fakt, że cena jest ceną ryczałtową – jest to nie omyłka rachunkowa, lecz błąd w obliczeniu ceny oferty, z którym ustawodawca wiąże konsekwencje w postaci jej odrzucenia. Stanowisko Zamawiającego jest więc błędne.

2. Skoro Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż ma zostać załączony harmonogram rzeczowo – finansowy to winien on zostać złożony w sposób kompletny, tzn. od pierwszej do ostatniej strony. Ponieważ brak jednej ze stron, to oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie ma znaczenia, jaki charakter miała ta strona oraz jakie się na niej znajdowały informacje.

3. Przedstawione referencje nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu:

- a) adaptacja spichlerza na salę gimnastyczną była tylko adaptacją, a nie budową w charakterze generalnego wykonawstwa,
- b) zadanie wykonywane dla Gminy Skarbierz, ze względu na kwotę, nie mogło być budową w charakterze generalnego wykonawstwa budynku mieszkalnego wraz z infrastrukturą o pow. 1.500 m²,
- c) budowa hali dla Powiatu Brzeskiego nie była realizacją w charakterze generalnego wykonawcy, lecz pracami wykończeniowymi.

Jedynie referencje od Zamawiającego potwierdzają spełnianie warunku, lecz z referencji tych wynika, że PBUR MURBET Sp. j. wykonała tylko jeden, a nie dwa budynki mieszkalne. Ponieważ, jak stwierdza Zamawiający, w uzupełnionych dokumentach przynajmniej jedno zadanie spełnia ten warunek, brakuje jeszcze jednego zadania.

4. Obowiązek ponumerowania stron wynika wprost z druku formularza oferty pkt VI „Ofertę wraz z załącznikami składamy na kolejno ponumerowanych i podpisanych stronach / kartach.” Miejsca, które miały pozostać puste lub wolne należało, zgodnie z punktem 11. ppkt 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykreślić lub napisać „nie dotyczy”. Skoro więc wykonawca pozostawił puste miejsca, bez wymaganych adnotacji, jego oferta również z tego powodu powinna być odrzucona.

Ostatnia strona oferty ma nr 262, ale wewnątrz oferty znajdują się strony o numerach 74, 74A, 74B co dowodzi, że oferta mogła być uzupełniana przez wykonawcę po jej złożeniu.

5. Skoro PBUR MURBET Sp. j. dołączyła do swojej oferty kosztorysy, które nie były wymagane, to przedstawiciele Odwołującego powinni mieć prawo do wglądu do nich. To, że wykonawca poza wymaganymi składa jeszcze inne dokumenty, nie jest podstawą prawną do odmowy umożliwienia innej stronie uczestniczącej w tym przetargu wglądu do tych dokumentów – jest to jawne naruszenie zasad równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. PBUR MURBET Sp. j. składając te dokumenty uczyniła to na swoją odpowiedzialność i ryzyko, i powinna się liczyć z ewentualnymi konsekwencjami, a Zamawiający nie miał prawa działać w imieniu i na rzecz jednego z wykonawców umożliwiając kompleksowy wgląd do oferty.

Zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Odwołującego złożonym na rozprawie argumentacja dotycząca nieudostępnienia kosztorysu ofertowego nie jest zarzutem z żądaniem nakazania przez skład orzekający Izby udostępnienia tego kosztorysu, lecz argumentem na nierówne traktowanie wykonawców i na to, że przedmiotowe postępowanie nie toczyło się zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem III.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz punktem 5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” ppkt 1) b) (1) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy posiadający m.in. niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym wykonali roboty budowlane w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, polegające na wybudowaniu w charakterze generalnego wykonawstwa co najmniej trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych wykonanych wraz z infrastrukturą, każdy o pow. użytkowej min. 1.500 m², lub porównywalnych o charakterze użyteczności publicznej, w tym jednego mieszkalnego wielorodzinnego. Ocena spełniania ww. warunku miała zostać dokonana w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty, zgodnie z formułą „spełnia - nie spełnia”.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku wykonawcy mieli przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,

odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie, na załączniku nr 3 do formularza oferty – wykaz winien zawierać informacje potwierdzające spełnienie warunku opisanego w pkt 5 ppkt 1) lit. b (1). W przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniane miało być ich łączne doświadczenie (pkt 6. ppkt 1) lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”).

PBUR MURBET Sp. j. dołączyła ww. wykaz wraz z referencjami, w których zostały wymienione cztery zadania:

1. *Budowa pod klucz dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych* realizowana dla TBS Kalisz (Zamawiającego) od marca 2007 r. do marca 2008 r., obejmująca budowę dwóch budynków wielorodzinnych o łącznej powierzchni mieszkań 6.051,7 m²,
2. *Budowa sali gimnastycznej wraz z zapleczem socjalnym i stołówką* realizowana dla Gminy Skarbimierz, wykonywana od marca do sierpnia 2004 r. – brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie oraz dokładniejszego opisu,
3. *Adaptacja zabytkowego spichlerza na salę gimnastyczną wraz z infrastrukturą* realizowana dla Gminy Lewin Brzeski od lipca do listopada 2006 r. obejmująca adaptację zabytkowego obiektu na salę sportową wraz z niezbędnymi instalacjami i wyposażeniem, o powierzchni użytkowej 1.670,36 m²,
4. *Budowa hali sportowej wraz z infrastrukturą techniczną w Grodkowie* realizowana dla Powiatu Brzeskiego od sierpnia 2004 r. do listopada 2008 r. – z wystawionych 20 stycznia 2006 r. referencji wynika, iż powierzchnia użytkowa obiektu wynosi 2.757 m², a zadanie zostało zrealizowane.

18 lipca 2008 r. Zamawiający wezwał PBUR MURBET Sp. j., powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia

dokumentacji „o taką, która potwierdziłaby spełnienie określonego w pktcie 5 ppkt 1) lit. b (1) wymagania” stwierdzając, iż każde z wymienionych w punktach 2 – 4 zadań „budzi wątpliwości”.

W odpowiedzi, w wyznaczonym terminie, wykonawca wyjaśnił, iż zadanie wymienione w punkcie 3. dotyczy wykonania praktycznie od podstaw hali sportowej, a wątpliwości mogą wynikać z nazwy zadania – wynikającego z chęci inwestora zachowania charakteru okolicznej zabudowy oraz niewielkich fragmentów istniejących murów, natomiast budynek hali sportowej został wzniesiony od podstaw na nowych fundamentach.

Dodatkowo przedstawił referencje dotyczące realizacji budynków mieszkalnych wielorodzinnych w Kaliszu przy ul. Wysokiej 5-7 o pow. użytkowej 2.597,80 m², ul. Korczak 13 o pow. użytkowej 1.948,10 m², ul. Korczak 16 o pow. użytkowej 4.253,13 m².

Z treści przedstawionych referencji wystawionych przez Zarząd Wspólnoty Mieszkaniowej ul. Wysokiej 5-7 i Korczak 13 wynika, iż PBUR MURBET Sp.j. wybudowało w latach 2002 – 2003 dwa budynki wielorodzinne o wskazanej powierzchni.

W odniesieniu do budynku przy ul. Korczak 16 PBUR MURBET Sp.j. przedstawiła decyzję Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla miasta Kalisza nr 118/04 z 6 grudnia 2004 r. – pozwolenie na użytkowanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Kaliszu ul. Korczak 16. Z treści decyzji wynika, iż PINB zezwala na użytkowanie ww. budynku zobowiązując jednocześnie PBUR MURBET Sp.j. do wykonania montażu drugich drzwi w wiatrołapach klatek, co było wymagane zgodnie z dokumentacją projektową, pod rygorem wydania decyzji uchylającej ww. pozwolenie.

Na podstawie powyższych dokumentów oraz oświadczenia Zamawiającego, iż mniejszy z dwóch budynków posiada powierzchnię użytkową ok. 1.700 m², skład orzekający Izby stwierdził, iż za spełniające sporny warunek można uznać roboty wymienione w punkcie 1. dołączonego do oferty wykazu, tj. *Budowa pod klucz dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych* – dwa budynki oraz, uwzględniając wyjaśnienia PBUR MURBET Sp. j. z 21 lipca 2008 r. *adaptację zabytkowego spichlerza na salę*

gimnastyczną wraz z infrastrukturą. W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, iż PBUR MURBET Sp. j. wykazała trzy obiekty wymagane przez Zamawiającego.

Natomiast co do poniższych zadań skład orzekający Izby stwierdził, iż, pomimo wezwania PBUR MURBET Sp. j. do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, istnieją w nich braki formalne lub brak jest w dokumentach wystarczających informacji, by dokonać ich oceny:

1. zadanie nr 2. *Budowa sali gimnastycznej wraz z zapleczem socjalnym i stołówką* – brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie (oraz informacji na temat powierzchni użytkowej),

2. budynki przy ul. Wysokiej 5-7 i Korczak 13 – brak informacji, czy obiekty te zostały zakończone przed czy po 24 czerwca 2003 r. tj. daty wyznaczającej granicę 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania,

3. budynek przy ul. Korczak 16 – PBUR MURBET Sp.j. nie przedstawiła dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych, ponieważ, po pierwsze pozwolenie na użytkowanie budynku zostało wydane warunkowo i z zastrzeżeniem, że może zostać cofnięte, bo nie wykonano całości zaprojektowanych robót, a po drugie – dokument ten pochodzi od PINB, a nie zainteresowanego (inwestora) i dotyczy tylko spełnienia wymagań wynikających z Prawa budowlanego, natomiast nie obejmuje innych aspektów wykonania robót budowlanych ustalonych pomiędzy wykonawcą a inwestorem w umowie, co do należytego wykonania których, co do zasady, może wypowiedzieć się tylko inwestor,

4. *Budowa hali sportowej wraz z infrastrukturą techniczną w Grodkowie* realizowana dla Powiatu Brzeskiego od sierpnia 2004 r. do listopada 2008 r. – jakkolwiek data zakończenia w listopadzie 2008 r., sądząc z wystawionych referencji jest prawdopodobnie błędna – skład orzekający Izby wziął pod uwagę fakt, iż Strony przyjęły bezspornie, że roboty te nie spełniają postawionego warunku i dał wiarę oświadczeniu Odwołującego, że roboty te były tylko pracami wykończeniowymi.

Z treści oferty złożonej przez PBUR MURBET Sp. j. wynika, że wykonawca ten zaoferował wykonanie zamówienia za 17.576.910,46 zł netto, 18.918.294,79 zł brutto, przy zastosowaniu stawki VAT 7/22%. Powyższe informacje zostały podane w formularzu oferty w sposób określony przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż, gdyby PBUR MURBET Sp. j. do wszystkich elementów zamówienia zastosowała stawkę VAT 7%, przy podanej cenie netto, cena brutto wynosiłaby nie 18.918.294,79, lecz 18.807.294,19 zł, więc niewątpliwie dla niektórych elementów wyceny zastosowana została stawka VAT wyższa niż 7%.

Ceny netto za wykonanie poszczególnych robót zawiera także harmonogram rzeczowo – finansowy. Jednak z harmonogramu tego nie wynika, w jaki sposób do podanych w nim cen netto został naliczony VAT – brak cen brutto poszczególnych pozycji. Poza tym ogólny sposób opisanie poszczególnych prac i tak nie pozwoliłby na wyodrębnienie z tych pozycji robót dotyczących infrastruktury towarzyszącej.

Dokonane przez Zamawiającego obliczenie może być uznane raczej za symulację lub domniemanie, w jaki sposób cena brutto mogła zostać przez PBUR MURBET Sp. j. obliczona niż jakikolwiek dowód na popełniony błąd w zastosowanej stawce VAT przy poszczególnych pozycjach.

Dodatkowo, nawet jeśli uznać, iż cena brutto powinna być inna, nie wiadomo, czy różnica ta jest wynikiem błędu w VAT, czy też omyłki rachunkowej. Twierdzenie to odnosi się również do cen przedstawionych w kosztorysie, w którym także podawane są ceny netto. Poza tym, zdaniem składu orzekający Izby, Zamawiający nie powinien badać załączonych kosztorysów, bowiem w punkcie 11. ppkt 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowania oferty” zaznaczył, iż „w przypadku załączenia do oferty innych materiałów, niż wymagane przez Zamawiającego, pożądanym jest, aby stanowiły one odrębną część nie złączoną z ofertą w sposób trwały; materiały takie nie będą podlegały ocenie przez Zamawiającego.” Zatem Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie zadeklarował, iż nie będzie brał pod uwagę innych dokumentów niż wymagał. Ponieważ badanie i ocena ofert muszą odbywać się zgodnie z postanowieniami

specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie może, po złożeniu ofert, zmienić ustanowionych zasad.

Z uwagi na powyższe skład orzekający Izby stwierdził, iż nie udowodniono, że PBUR MURBET Sp. j. zastosowała stawkę VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami, a jej oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny albo niezgodne z prawem zniżenie ceny oferty będące czynem nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z punktem 6. ppkt 1 lit. o) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli złożyć harmonogram rzeczowo – finansowy wypełniony osobno dla każdego budynku, wg załącznika nr 5 do formularza oferty (suma wartości netto wszystkich pozycji musi być zgodna z ceną netto podaną w ofercie).

W punkcie 11. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowania oferty” znajdują się także następujące postanowienia: „5) Oferta wraz z załącznikami winna być podpisana przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentowania Wykonawcy i składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy (...)", „11) Wzory dokumentów dołączonych do niniejszej SIWZ powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty bądź też przygotowane przez Wykonawcę w zgodnej z niniejszą SIWZ formie.", „13) Wszystkie niezapisane, wykropkowane, bądź inne puste/oznaczone miejsca w ofercie, Wykonawca uzupełnia [wpis, postawienie pieczęci, itp.] lub wykreśla. W przypadku, gdy jakkolwiek część dokumentów nie dotyczy Wykonawcy – Wykonawca wpisuje: *nie dotyczy.*”

Harmonogram jako załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oprócz trzech stron dotyczących budynków 1-3, posiadał stronę czwartą zawierającą „Dodatkowe wyjaśnienia do harmonogramu” będące instrukcją dla wykonawców, jak wypełnić harmonogram – jaką stawkę VAT zastosować, jakie kwoty wpisać oraz jak podzielić wartość prac pomiędzy budynki.

Wykonawca przedstawił harmonogram sporządzony wg wymagań Zamawiającego na trzech stronach, zawierających tabele określające prace

dla każdego z budynków osobno, a każda ze stron została podpisana. Harmonogram ten nie zawiera „Dodatkowych wyjaśnień do harmonogramu”. Skład orzekający Izby stwierdził, iż ostatnia (czwarta) strona harmonogramu rzeczywiście jest wyłącznie wytycznymi dla wykonawców i jej zwrotne przesłanie lub nie wraz z ofertą nie ma znaczenia dla Zamawiającego z punktu widzenia oferty w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, tj. oświadczenia woli zawarcia umowy określającego jej istotne postanowienia. Tak więc, w odniesieniu do przedmiotowego harmonogramu, treścią oferty jest tylko treść tabel (opisy prac, terminy wykonania i ceny, których obliczenia ta instrukcja dotyczyła). Natomiast art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazuje, iż powodem odrzucenia oferty może być tylko niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, iż oferta MURBET Sp. j. nie może być z tego powodu odrzucona.

Powyższe rozważania dotyczą również kwestii braku numeracji stron i liczby stron oferty. Jest rzeczą bezsporną i ustaloną jednoznacznie w orzecznictwie i piśmiennictwie, iż numery stron nie są treścią oferty, a wyłącznie wymogiem formalnym dotyczącym sporządzenia oferty i niezależnie od tego czy w ogóle i w jaki sposób oferta została ponumerowana, nie stanowią podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut niedozwolonej ingerencji w skład pierwotnie złożonej oferty i załączników do niej jest zarzutem o charakterze kryminalnym i nie należy do kompetencji orzekania Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem wyłącznie na marginesie skład orzekający Izby stwierdza, iż argument Zamawiającego, że oznaczone numerami stron 74 A i 74 B zaświadczenie z urzędu skarbowego mógł uzupełnić w sposób zgodny z prawem, jest przekonujący, a numery stron nie stanowią przeszkody do dokonania sugerowanych przez Odwołującego czynności.

Zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Odwołującego złożonym na rozprawie argumentacja dotycząca nieudostępnienia kosztorysu ofertowego nie jest de facto zarzutem ani żądaniem. Niezależnie od powyższego skład

orzekający Izby stwierdził, iż zachowanie Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania. Jednak skład orzekający Izby zwraca uwagę, iż, niezależnie od chęci Zamawiającego i jego opinii, iż to właśnie pozostawienie kosztorysów w ofercie stanowiłoby o nierównym traktowaniu wszystkich uczestników postępowania, gdyż stawiałoby w gorszym położeniu wykonawcę, którego oferta była oglądana, Zamawiający powinien brać pod uwagę również zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza jego ust. 2.

Wykonawca, składając dokument, który nie był przez Zamawiającego wymagany – do tego tak istotny i podlegający wnikliwej analizie konkurujących z nim wykonawców jak kosztorys – sam decyduje się na poniesienie ryzyka postawienia mu zarzutu błędu w tym kosztorysie. Zamawiający w punkcie 11. ppkt 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie zaznaczył, że nie będzie brał pod uwagę dokumentów niewymaganych – i tym oświadczeniem powinien się kierować przy badaniu oferty PBUR MURBET Sp. j. Jednak, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta (jak również złożone z nimi załączniki) są jawne i upublicznieniu podlegają wszystkie złożone przez wykonawcę dokumenty (chyba że chroni je tajemnica, o której mowa w art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Kaliszu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....