

WYROK

z dnia 7 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Jolanta Markowska

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przybylski Produkcja Handel Usługi, Pepebe Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe i Przybylski Spółka Jawna, 87-800 Włocławek, ul. Barska 47** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 06-500 Mława, ul. A. Dobrskiej 1** protestu z dnia 7 października 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności powtórnej oceny ofert dokonanej w dniu 16 października 2009 r. oraz dokonanie oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 06-500 Mława, ul. A. Dobrskiej 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przybylski Produkcja Handel Usługi, Pepebe Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe i Przybylski Spółka Jawna, 87-800 Włocławek, ul. Barska 47,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 06-500 Mława, ul. A. Dobrskiej 1** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przybylski Produkcja Handel Usługi, Pepebe Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe i Przybylski Spółka Jawna, 87-800 Włocławek, ul. Barska 47,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przybylski Produkcja Handel Usługi, Pepebe Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe i Przybylski Spółka Jawna, 87-800 Włocławek, ul. Barska 47.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Mławie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na rozbudowę i doposażenie do wymogów prawa oddziałów szpitalnych wraz blokiem operacyjnym. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 sierpnia 2009 r. pod pozycją 284668-2009.

W dniu 5 października 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przybylski Produkcja Handel Usługi, Pepebe Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe i Przybylski Spółka Jawna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na przyjęcie błędnej stawki VAT przy obliczeniu ceny za instalację gazów medycznych.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodzili się wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przybylski Produkcja Handel Usługi, Pepebe Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe i Przybylski Spółka Jawna zwani dalej Odwołującym wnosząc w dniu 9 października 2009 r. (pismem z dnia 7 października 2009 r.) protest, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez błędne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, że niewłaściwa stawka VAT zastosowana przy obliczeniu ceny za dany element zamówienia przy konstrukcji ceny ryczałtowej jest błędem powodującym odrzucenie oferty,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia rzetelnego badania ofert w zakresie referencji przedstawionych przez wykonawców i w następstwie tego zaniechanie wykluczenia wykonawcy Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą lub zaniechanie odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez dokonanie poprawek w ofercie Jerzego Lipskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski powodujących istotne zmiany w treści oferty.

Odwołujący podniósł, iż kosztorys składany w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wyłącznie pomocniczy, co wywiódł z treści pkt 10.1 ppkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz pkt 3 pisma Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2009 r.

Odwołujący wskazał również, iż w pkt 4 odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 1 września 2009 r. Zamawiający stwierdził, iż wykonawca powinien zaproponować stawki VAT zgodne z obowiązującym prawem, jednak nie zezwolił na rozbitcie ceny końcowej na różne pozycje uściślając, iż interesuje go cena końcowa za wykonanie całego zadania. Powyższa treść wyjaśnień w kontekście postanowień § 2 ust. 3 umowy wskazuje, zdaniem Odwołującego, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, a wszelkie konsekwencje błędów będą obciążały wykonawcę.

Odwołujący zauważył, iż zgodnie z linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia, bowiem zgodnie z art. 632 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) w zw. z art. 14 ustawy Pzp przy zastosowaniu wynagrodzenia ryczałtowego nie ma możliwości podwyższenia wynagrodzenia w przypadku błędnie zastosowanej stawki VAT. Stwierdził, iż zgodnie z art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 z późn. zm.) to na wystawcy faktury ciąży obowiązek prawidłowego obliczenia i przekazania podatku, zaś po stronie Zamawiającego nie powstają z tego tytułu żadne dodatkowe obowiązki.

Odwołujący podniósł dodatkowo, iż wbrew dyspozycji art. 87 ustawy Pzp, Zamawiający dokonał w porozumieniu z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, negocjacji cenowych lub dokonał poprawek oferty tego wykonawcy powodujących obniżenie ceny o około 1 000 000 PLN, co w ocenie Odwołującego prowadzi do uznania, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zwrócił też uwagę na złożone przez wykonawcę Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski referencje. Stwierdził, iż ze złożonej przez ww. wykonawcę referencji dotyczącej wykonania stacji uzdatniania wody w Legionowie wynika, że na powierzchni 480m² powstał obiekt o kubaturze 5085m³, co wskazuje, iż jego wysokość na całej powierzchni wynosi około 10,5m. Tymczasem według dostępnych Odwołującemu informacji, budynek stacji uzdatniania wody ma około 5-6m wysokości. Podobnie, z referencji dotyczącej wykonania robót ogólnobudowlanych obiektu Stacji Obsługi Samochodów w Rypinie wynika, jak wskazał Odwołujący, że na powierzchni 408m² powstał obiekt o kubaturze 5800m³ z czego wynika, że jego wysokość na całej powierzchni

powinna wynosić ponad 14m. Odwołujący zbadał wysokość tego budynku, która wynosi, jak oświadcza Odwołujący, około 6m. Zgodnie z trzecią referencją dotyczącą budowy NZOZ Gminnego Ośrodka Zdrowia w Wąpielsku, na powierzchni 495m² wybudowano budynek o kubaturze 5100m³ z czego należy wywnioskować, że jego wysokość wynosi ponad 10m, tymczasem z dokonanego przez Odwołującego badania wynika, że ww. realizacja to parterowy budynek o wysokości nie przekraczającej 4m. Odwołujący wyraził przypuszczenie, iż wykonawca Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski wprowadził Zamawiającego w błąd co do funkcji i zakresu zrealizowanych przez siebie robót, co stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący, złożenie nieprawdziwego oświadczenia nie może być traktowane jako błąd lub brak złożenia dokumentów. Odwołujący stwierdził również, że Zamawiający zobowiązany jest do zweryfikowania podanych przez wykonawcę informacji w przypadku powzięcia wątpliwości co do zgodności oświadczenia wykonawcy ze stanem faktycznym. Obowiązek ten wynika, według Odwołującego, z art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie wykonawcy Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą, względnie odrzucenie ww. oferty jako nie spełniającej wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wymogu legitymowania się wykonawcy odpowiednim doświadczeniem zawodowym,
- powtórne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie w jej wyniku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- ewentualnie dokonanie czynności unieważnienia postępowania wobec czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oferty wykonawcy Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski w sposób niezgodny z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 16 października 2009 r. przez jego uwzględnienie w części dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski oraz oddalić protest w części dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania poprawienia oferty wykonawcy Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski oraz zaniechania przeprowadzenia rzetelnego badania ofert w zakresie referencji złożonych przez wykonawców i wykluczenia wykonawcy Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski.

Zamawiający wyjaśnił, iż zastosowanie 7% stawki VAT przy obliczeniu ceny za wykonanie instalacji gazów medycznych wobec zamówienia na roboty budowlane objęte 22% stawką VAT zakwalifikował jako błąd w obliczeniu ceny. Oświadczył, iż podejmując ww. decyzję kierował się doktryną i orzecznictwem odnośnie uznania błędnej stawki VAT jako błędu w obliczeniu ceny stanowiącego podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Powyższe nie może zostać konwalidowane na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem nie zachodzi niezgodność w wyniku rachunku matematycznego w stosunku do prawidłowo przeprowadzonego działania na podstawie właściwych danych. Przeciwna decyzja Zamawiającego spowodowałaby, jak wskazał Zamawiający, przyjęcie oferty Odwołującego z preferencyjną ceną spowodowaną zniżeniem VAT i tym samym stanowiłoby naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji w stosunku do pozostałych uczestników postępowania.

W zakresie zarzutów dotyczących złożonych przez wykonawcę Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski referencji Zamawiający stwierdził, iż w wyniku powtórnej oceny dokumentów złożonych przez ww. wykonawcę uznał, że wystawione referencje są dokumentami oryginalnymi i „nie budzą (...) większych zastrzeżeń”. Jednakże Zamawiający na skutek informacji przekazanych przez Odwołującego przeprowadził komisyjne zapoznanie się z obiektami wymienionymi w referencjach, w wyniku czego stwierdzono niezgodność powierzchni kubatury w dwóch obiektach z danymi zawartymi w powyższych dokumentach. Na skutek powyższego Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski nie spełnia wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i tym samym złożona przez niego oferta zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, iż w ofercie wykonawcy Jerzy Lipski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Atest Jerzy Lipski dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a nie omyłki

polegającej na niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 21 października 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez błędne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, że niewłaściwa stawka VAT przyjęta przy obliczeniu ceny za dany element zamówienia wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia i złożonego charakteru zadania (opodatkowania poszczególnych jego elementów różnymi stawkami podatku VAT) jest błędem powodującym odrzucenie oferty.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, powtórne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie w jej wyniku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

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

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący, jako wykonawca, który zaoferował najniższą cenę za realizację zamówienia posiada interes prawny w obronie złożonej oferty.

W niniejszej sprawie bezsporna między stronami jest okoliczność, iż do obliczenia ceny za realizację przedmiotu zamówienia zastosowanie powinna mieć 22% stawka VAT. Izba ustaliła, iż do obliczenia ceny za realizację zamówienia została przyjęta przez Odwołującego 22% stawka VAT, co w sposób jednoznaczny wynika z treści formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego. Brak zatem podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Powyższemu nie przeczy wskazana w kosztorysie na wykonanie instalacji gazów medycznych 7% stawka VAT. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego złożonym na rozprawie, iż obliczając cenę za wykonanie zadania polegającego wyłącznie na instalacji gazów medycznych byłby zobowiązany do zastosowania stawki 7 % VAT, natomiast wobec niewielkiego udziału instalacji gazów medycznych w wartości całego przedmiotu zamówienia (około 5%) obliczając cenę za realizację zamówienia zobowiązany był do zastosowania stawki obowiązującej dla wiodącej części zadania. Wynikająca z powyższego niezgodność sumy cen podanych w poszczególnych kosztorysach z ceną podaną w formularzu ofertowym także nie może stać się przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego, a powinna zostać wyjaśniona i poprawiona przez Zamawiającego.

Przywołane przez Zamawiającego *per analogiam* interpretacje indywidualne Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 12 marca 2009 r. oraz 7 kwietnia 2009 r. (nr IPPP1-443-211/09-2/PR) nie mają znaczenia dla przedmiotowej sprawy, bowiem jak wskazano powyżej, brak jest sporu pomiędzy stronami co do stawki VAT, która powinna znaleźć zastosowanie przy obliczeniu ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, interpretacje indywidualne obowiązują wyłącznie podmiot, na którego wniosek zostały wydane.

Izba wzięła pod uwagę fakt, iż Zamawiający dokonał powtórnej czynności ofert przedwcześnie, wbrew dyspozycji art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uwzględnił tylko część zarzutów podniesionych przez Odwołującego, zatem powinien wstrzymać się z dokonaniem kolejnych czynności do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu tj. do upływu terminu na wniesienie odwołania bądź wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wobec powyższego, mimo zaniechania przez Odwołującego złożenia odwołania na czynność powtórnej oceny ofert dokonanej w dniu 16 października 2009 r., Izba uwzględniła odwołanie, nieuprawnione byłoby bowiem obarczanie wykonawcy negatywnymi konsekwencjami czynności dokonanych przez Zamawiającego wbrew przepisom ustawy Pzp.

W tych okolicznościach podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony.

Jednocześnie Odwołujący zobowiązany na podstawie art. 6 Kodeksu cywilnego do wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które może zostać stwierdzone w przypadku nierównego traktowania przez zamawiającego wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji, czego Izba w przedmiotowym stanie faktycznym nie stwierdziła.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....