

Sygn. akt KIO/UZP 59/07

WYROK
z dnia 28.01.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 14.01.2008 r. i 28.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Robót Inżynierii Wodno-Lądowej "Wodbud" S.J. Zając i Połaczewski, Pielgrzymka, Twardocice 50a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Chojnów, Chojnów, ul. Fabryczna 1** protestu z dnia 05.12.2007 r.

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

orzeka:

1. Unieważnia postępowanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Gmina Chojnów, Chojnów, ul. Fabryczna 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Robót Inżynierii Wodno-Lądowej "Wodbud" S.J. Zając i Połaczewski, Pielgrzymka, Twardocice 50a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 10673 zł 24 gr (słownie: dziesięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt trzy złote dwadzieścia cztery grosze) przez **Gmina Chojnów, Chojnów, ul. Fabryczna 1** na rzecz **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Robót Inżynierii Wodno-Lądowej "Wodbud" S.J. Zając i Połaczewski, Pielgrzymka, Twardocice 50a**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, zastępstwa prawnego oraz kosztów dojazdu.
- 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 **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Robót Inżynierii Wodno-Lądowej "Wodbud" S.J. Zając i Połaczewski, Pielgrzymka, Twardocice 50a.**

Uzasadnienie

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 14 grudnia 2007 r. od rozstrzygnięcia protestu polegającego na jego oddaleniu, Odwołujący – „WODBUD” S.J. Włodzimierz Zajac i Mieczysław Połaczewski, Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Robót Inżynierii Wodno-Lądowej z siedzibą w Twardocicach, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art.7 ust. 1 i 3, art.89 ust.1 pkt 6, art.88 oraz art. 183 ust. 5 pkt 2, art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust.6 i art. 181 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (DZ.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

W ocenie Odwołującego naruszenie wskazanych przepisów prawnych polegało na niewłaściwym wykonaniu wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 9 listopada 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1318/07.

Zespół Arbitrów wydając wyrok rozważył kwestię odrzucenia oferty Odwołującego, zarówno z powodu zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ, jak i z powodu błędu w obliczeniu ceny.

W zakresie pierwszego zarzutu stwierdził, że Zamawiający sam żądał podania ceny oferty z obowiązującą stawką podatku VAT w dniu składania ofert, natomiast w zakresie drugiego zarzutu - błędu w obliczeniu ceny stwierdził, że błąd ten nie ma znaczenia, ze względu na zastosowanie ryczałtowej ceny oferty.

Odwołujący ponadto podał, że w dniu składania ofert (3 października 2007 r.) obowiązywała stawka VAT w wysokości 7% w zakresie infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, zatem cena wskazana w jego ofercie była prawidłowa.

Zarówno w SIWZ, jak i w późniejszych wyjaśnieniach dotyczących treści SIWZ, Zamawiający potwierdził, że „ Ofertę należy złożyć ze stawką podatku VAT obowiązującą w dniu złożenia oferty” (pkt X SIWZ), „W SIWZ wyraźnie określono, że VAT należy obliczyć zgodnie z obowiązującą stawką w dniu złożenia oferty, a nie stawką jaka będzie obowiązywać w okresie późniejszym” (wyjaśnienie z dnia 21 września 2007 r.)

Również Zamawiający podał, że „ Cena projektu jest ceną ryczałtową w związku z powyższym tak należy ją skalkulować ujmując wszystkie czynniki cenotwórcze”.

Zespół Arbitrów uwzględnił odwołanie Odwołującego i nakazał Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert (wyrok z dnia 9 listopada 2007 r.)

Stąd w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien ocenić ofertę poprzednio odrzuconą pod względem merytorycznym. Zamawiający ponownie wybrał tę samą ofertę, a ofertę Odwołującego ponownie odrzucił, tym razem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnił, że Odwołujący niewłaściwie obliczył cenę oferty przyjmując podatek za 2008 r. w stawce 7%. Podatek z taką stawką jest błędem w obliczeniu ceny oferty. Stąd nie odrzucono oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, tak jak poprzednio lecz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego.

Zamawiający-Gmina Chojnów odrzucił protest na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego wykonawca nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu. Ponadto zgodnie z art. 181 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca wnoszący protest nie może następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o:

- 1) unieważnienie dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołujący się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy,
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska przedstawione wyżej.

KIO po rozpoznaniu odwołania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Chojnów, którego przedmiotem jest „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjno – tłocznej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków dla wsi Okmiany gmina Chojnów”, zostało ogłoszone w BZP 1000, poz. 164599 z dnia 12.09.2007 r.

Zadanie miało być wykonane w okresie: rozpoczęcie w 2007r. i zakończenie dnia 31.10.2008 r.

W części X SIWZ pt. „Sposób obliczenia ceny” Zamawiający określił „Cena oferty powinna być podana w zł polskich i jest to cena brutto. Infrastrukturze mieszkaniowej służyć będzie 72% wartości inwestycji. - - obciążenie VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Ofertę należy złożyć ze stawką podatku VAT obowiązującą w dniu złożenia oferty. W cenie oferty brutto należy uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia wraz z kosztami dodatkowymi w tym m.in.: koszty związane z dostawą mediów na teren budowy, z zajęciem pasa drogowego, z wykonaniem inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej.”

W odpowiedziach na pytania wykonawców, stanowiących wyjaśnienie treści SIWZ Zamawiający podał:

1) Pismo z dnia 21.09.2007 r.

„Pytanie 1:

Prosimy o jednoznaczne zinterpretowanie zapisu: „ofertę należy złożyć ze stawką podatku VAT obowiązującą w dniu złożenia oferty.” Czy zapis ten należy rozumieć, że cenę brutto oferty należy wyliczyć zgodnie z obowiązującą w dniu złożenia oferty ustawą o podatku od towarów i usług (ustawa z dnia 11.03.2004 r. – Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm., art. 146) czy też VAT naliczyć w stawce obowiązującej w dniu złożenia ofert, pomimo jej zmiany od 01.01.2008 r.

Odpowiedź:

W SIWZ wyraźnie określono, że VAT należy obliczyć zgodnie z obowiązującą stawką w dniu złożenia oferty, a nie stawką jaka będzie obowiązywać w okresie późniejszym. Cena projektu jest ceną ryczałtową w związku z powyższym tak należy ją skalkulować ujmując wszystkie czynniki cenotwórcze.”

2) Pismo z dnia 27.09.2007 r.

Pytanie 7:

Wykonawca zadający pytanie sformułował je w sposób bardzo obszerny i oczekiwał odpowiedzi czy należy zastosować stawkę w wysokości 22% za roboty wykonane w 2008 r. Pytanie dotyczyło również wyjaśnienia, jak będzie wyglądało wystawianie faktur w zakresie wysokości podatku VAT, w szczególności w zakresie 15%VAT (różnica pomiędzy stawką 22% VAT i 7%VAT).

Zamawiający udzielił odpowiedzi: „, Podatek VAT należy obliczyć zgodnie z obowiązującymi przepisami. Ofertę należy złożyć brutto z prawidłowym podatkiem VAT. W zadanym pytaniu wykonawca sam sobie odpowiedział jaki jest podatek VAT na tego rodzaju roboty. Cena oferty jest ceną ryczałtową i taką należy podać. Zakres prac w poszczególnych latach określa harmonogram.”

W prowadzonym postępowaniu w dniu 03.10.2007 r. złożono 7 ofert, w tym dwie oferty z podatkiem VAT ze stawką 7% za cały okres realizacji zamówienia (2007 r. i 2008 r.) pozostałe oferty ze stawką podatku VAT 7% na 2007 r. i 22% na 2008 r.

Zamawiający odrzucił obie oferty zawierające podatek VAT ze stawką 7% na lata 2007 – 2008 (w tym ofertę Odwołującego), jako oferty, których treść nie odpowiada treści SIWZ. Wybrał ofertę najkorzystniejszą, złożoną przez Instal Lubin Sp. z o.o. ze stawką podatku 7% za 2007 r. i 22% za 2008 r.

Na skutek protestu i odwołania Odwołującego, wyrokiem z dnia 09.11.2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1318/07 Zespół Arbitrów uwzględnił odwołanie, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazał Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wyroku Zespół Arbitrów ustalił, że metoda procentowego określenia udziału powierzchni mieszkalnej w całkowitej powierzchni obiektów, tj. mieszkalnych i niemieszkalnych, znajdujących się na terenie objętym robotami i zastosowanie obliczonego wskaźnika do rozliczenia wykonanych robót (72% przy infrastrukturze mieszkaniowej), możliwe jest w stosunku do robót wykonanych w 2007 r. W 2008 r. obowiązuje stawka podatku VAT w wysokości 22%. Zespół Arbitrów również uznał, że Zamawiający nie podał w SIWZ sposobu obliczenia ceny w sposób jednoznaczny. Wobec tego przy wynagrodzeniu ryczałtowym stawka podatku VAT, czy kwota podatku VAT nie ma znaczenia. Stąd nawet w przypadku błędu w obliczeniu ceny nie ma podstaw do odrzucenia oferty.

Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo z dnia 21.11.2007 r.), w zakresie :

- „ - wysokości zastosowanych stawek podatku VAT,
- sposobu wyliczenia podatku VAT

za roboty objęte harmonogramem rzeczowo – finansowym robót na poszczególne lata inwestycji tj. w 2007 i 2008 roku – załącznik nr 5 do SIWZ.”

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący udzielił informacji (pismo z dnia 22.11.2007 r.), że zastosował się do wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ. W zakresie sposobu wyliczenia podatku VAT za roboty wykonane w roku 2007 i 2008 – załącznik nr 5 do SIWZ, nie podał podatku VAT, odwołując się do wymagań zawartych w SIWZ.

Wykonawca, który złożył wybraną ofertę podał (pismo z dnia 21.11.2007 r.), że na roboty wykonane w 2007 r. stawka podatku VAT wynosi 7%, a na roboty wykonane w 2008 r. 22%.

Podobnego wyjaśnienia udzielił trzeci wykonawca ZRI INSTALBUD S.j. J. Pankiewicz, L. Lewicki, B. Kilian (pismo z dnia 21.11.2007 r.).

Zamawiający pismem z dnia 29.11.2007 r. powiadomił wykonawców, że ponownie wybrał jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez Instal Lubin Sp. z o.o., natomiast ofertę Odwołującego odrzucił. Podał m.in., że w formularzu ofertowym żądał wykazania wynagrodzenia ryczałtowego wraz z wyodrębnioną kwotą podatku VAT, a w harmonogramie rzeczowo – finansowym wynagrodzenia netto oraz brutto.

Po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawców w przedmiocie sposobu wyliczenia podatku VAT, było możliwe sprawdzenie poprawności obliczenia cen ofertowych brutto. Ponieważ Odwołujący zastosował 7% stawkę VAT na cały okres realizacji robót (lata 2007 – 2008), sprzeczne jest to z przepisami ustawy podatkowej. Uznał, że o ile błąd w obliczeniu ceny nie mógł być podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, o tyle stanowi bezwzględną podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na powyższe czynności Odwołujący wniósł protest, a wobec jego odrzucenia odwołanie do Prezesa UZP.

KIO rozpoznając odwołanie odroczyła w dniu 14.01.2008 r. rozprawę, m.in. na wniosek stron w związku z rozpoznawaniem przez Sąd Okręgowy w Legnicy (termin rozprawy -16.01.2008 r.) skargi wniesionej na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 09.11.2007 r. sygn. akt. UZP/ZO/0-1318/07 przez wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą – Instal Lubin Sp. z o.o.

Wyrokiem z dnia 16.01.2008 r. sygn. akt VI Ga 79/07 Sąd Okręgowy w Legnicy oddalił skargę. Z uzasadnienia wyroku wynika, że Zespół Arbitrów wydał prawidłowy wyrok w zakresie rozstrzygnięcia dokonanego w dniu 09.11.2007 r., bowiem Odwołujący złożył ofertę z ceną obliczoną w taki sposób, w jaki żądał tego Zamawiający.

Ponieważ Zamawiający określił niespójnie wymagania w zakresie obliczenia ceny, a szczególności w zakresie stawki VAT na roboty będące przedmiotem zamówienia, podając, że stawka ma być obowiązująca w dniu składania ofert, nie odnosząc się do kwestii zmiany stawki podatku VAT w okresie realizacji zamówienia, doprowadził do tego, że wykonawcy zastosowali różne stawki podatku VAT. Uchybienia te w ocenie Sądu wykluczają złożenie przez wykonawców ofert zgodnych z ustawą – Prawo zamówień publicznych oraz powodują, iż nie jest możliwe zakończenie niniejszego postępowania w drodze wyboru oferty najkorzystniejszej. Na marginesie Sąd zauważył „iż z powodu niejasnych zapisów SIWZ wszystkie oferty były obarczone brakiem, skutkującym ich odrzucenie i to bez względu na to, czy wskazywały 7%, czy 22% VAT, gdyż każda z ofert odmiennie definiowała pojęcie obowiązujący.”

Na rozprawie Odwołujący potwierdził, że zarówno w formularzu ofertowym jak i w załączniku nr 5 (harmonogram rzeczowo – finansowy) przyjął stawkę 7% VAT na cały okres realizacji zamówienia. Jednakże jego oferta w zakresie ceny brutto nie ulegnie zmianie (jako cena ryczałtowa), zmieni się tylko kwota VAT, zarówno co do wysokości w formularzu ofertowym oraz w załączniku nr 5 (harmonogram rzeczowo – finansowy). Kwota ta ulegnie zmniejszeniu, która jest wynikiem różnicy w stawce VAT, pomiędzy stawką 7% i 22% (1 931 33,94 zł).

KIO ustaliła również, że wobec nierozpoczęcia robót w 2007 r., roboty objęte przedmiotem zamówienia rozpoczęte zostaną w 2008 r. A więc we wszystkich ofertach kwota VAT przyjęta według stawki 7% na 2007 r. ulegnie zmianie.

Poprzez nieprecyzyjne określenie, sposobu obliczenia ceny oferty jako istotnego elementu SIWZ i dalsze potwierdzanie tych rozbieżności w wyjaśnieniach dotyczących treści SIWZ (pisma z dnia 21 i 27.09.2007 r.), Zamawiający doprowadził do tego, iż na skutek

złożenia ofert z różnymi stawkami VAT, powstała niemożliwość porównania złożonych ofert zarówno, jak określił to Sąd Okręgowy w Legnicy, ofert ze stawką 7%, jak i stawką 22%.

Z tych względów KIO uznała, że Zamawiający nie ma możliwości prawidłowego zakończenia prowadzonego postępowania poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, bowiem postępowanie obarczone jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, KIO z urzędu uwzględniła okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za uzasadnione koszty w wysokości 3009,24 zł z tytułu przelotu samolotem Odwołującego na rozprawę w dniach 14.01.2008 r. i 28.01.2008 r. i wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3600zł. Nie uwzględniono kosztów noclegu w kwocie 570 zł, z uwagi na korzystanie z połączenia lotniczego.

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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*