

Sygn. akt: KIO 1021/12

WYROK
z dnia 4 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Renata Tubisz**
 Agnieszka Trojanowska
 Katarzyna Brzeska

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., Ul. 1 Armii Wojska Polskiego 7A/1, 15-102 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ASTA-NET Małdziński, Ryczek S.j., Przeds. Usług Specjalist. SPADOCHRONIARZ W.Piotrowski, ASTA-BUD Sp. z o.o., KMC Administrator Nieruchomo, ul. Drygasa 29, 64-920 Piła,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego Konsorcjum: **ASTA-NET Małdziński, Ryczek S.j., Przeds. Usług Specjalist. SPADOCHRONIARZ W.Piotrowski, ASTA-BUD Sp. z o.o., KMC Administrator Nieruchomości** i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., Ul. 1 Armii Wojska Polskiego 7A/1, 15-102 Białystok** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., Ul. 1 Armii Wojska Polskiego 7A/1, 15-102 Białystok** kwotę **23 779 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na realizację robót budowlanych dotyczących przebudowy i rozbudowy budynków nr 9 - 13 i 14 - 18 zlokalizowanych na terenie Jednostki Wojskowej 1696 w Złocięncu (PKOB 1220) zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa- Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, ul. Kochanowskiego 7 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 marca 2012 r. za numerem 2012/S 44-071798.

W dniu 11 maja 2012r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie ASTA-NET Małdziński, Ryczek Spółka jawna z siedzibą w Pile, ul. Drygasa 29, Waldemar Piorowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” Waldemar Piotrowski z siedzibą w Pile, ul. Kamienna 20, ASTA-BUD spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile, ul. Warsztatowa 21 i CKM Administrator Nieruchomości i Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile, Pl. Staszica 1 – dalej przystępujący.

W dniu 18 maja 2012r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego TYTAN Systemy Bezpieczeństwa spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. 1 Armii Wojska Polskiego 7A lok. 1 i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe AGROBEX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 7 – dalej odwołujący wnieśli odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny; zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego oraz od następujących czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania: nieprawidłowej oceny ofert złożonych przez przystępującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej błędnie obliczoną cenę;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z ustawą;
5. art. 7 ust. 1 PZP,
6. art. 7 ust. 3 PZP.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej ofert, odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, dokonania wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP, oferta przystępującego nie została odrzucona, a co za tym idzie oferta odwołującego nie została wybrana do realizacji jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt ustawy odwołujący wskazał, że oferta przystępującego nie odpowiada treści siwz, gdyż przystępujący wbrew treści siwz zastosował nieprawidłową stawkę podatku od towarów i usług (VAT). Odwołujący stwierdził, że zasadnicze znaczenie ma tutaj kwestia, jak został zakwalifikowany przedmiot zamówienia. W toku postępowania zamawiającemu zostało zadane pytanie, czy podany w opisie symbol Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych - „1220” dotyczy każdego budynku z osobna czy odnosi się do jednostki wojskowej jako całości - kompleksu. Odpowiedź była, według odwołującego, jednoznaczna i stwierdzała, że wskazany symbol jest jednakowy dla każdego budynku objętego tym postępowaniem - wyjaśnienie SIWZ z dnia 06 kwietnia 2012 r. W świetle tego, przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, których efektem miało być przekształcenie dotychczasowych koszar w budynki wykorzystywane do celów biurowych lub administracyjnych. Dokonanie remontu, w wyniku którego powstaną budynki niemieszkalne skutkowało konsekwencjami na gruncie obowiązujących przepisów podatkowych. Zgodnie z przepisem art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535 ze zm.) stawka podatku wynosi 23 % (przy uwzględnieniu przepisów wprowadzających tę stawkę w latach 2011 - 2013). Przywołana ustawa zawiera szereg wyjątków od tej zasady, pozwalających na zastosowanie niższej stawki. Między innymi jest tak w przypadku budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Natomiast świadczenie usług w odniesieniu do budownictwa o innym charakterze - w tym prac dotyczących budynków biurowych czy administracyjnych - jest opodatkowane stawką 23%. Stanowisko to jest ugruntowane licznymi interpretacjami organów podatkowych. Odwołujący podał interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2011 r., sygn. akt: ITPP2/443-273/11/AJ. Zatem, w ocenie odwołującego, w analizowanym postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić w składanych ofertach podatek od towarów i usług w wysokości 23%. Z dokumentacji przedłożonej przez przystępującego wynika jednoznacznie, iż zamierza on zastosować w odniesieniu do świadczonych przez siebie usług stawkę podatku w wysokości 8%. W dniu 26 kwietnia 2012 r. przystępujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi z dnia 07 maja 2012 r. przystępujący sprecyzował, iż wycenił „roboty wewnętrzne związane z pracami budowlanymi i budowlano-montażowymi według stawki VAT 8%, a pozostałe roboty w stawce 23 %” i powołał się na indywidualne interpretacje przepisów podatkowych udzielone na jego wniosek przez Ministra Finansów - interpretacja z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt: ILPP2/443-236/11-2/MR oraz interpretacja z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt: ILPP2/443-236/11-3/MR. Jednakże, zdaniem odwołującego, w świetle obowiązujących przepisów oraz treści SIWZ argumentacja ta nie może się ostać. Przywołane interpretacje przez przystępującego w sposób oczywisty wskazują, że możliwość zastosowania niższej, 8%, stawki VAT

jest uzależnione od sklasyfikowania budynku jako budynku zbiorowego zamieszkania, co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca, albowiem SIWZ wprost wskazywało, iż budynki objęte robotami będą miały charakter biurowo - administracyjny. Przy sporządzaniu oferty konieczne było uwzględnienie stawki VAT w wysokości 23%, a ponieważ przystępujący nie zastosował się do tego wymogu, jego oferta na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP winna zostać odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, odwołujący podniósł, że zastosowanie przez przystępującego nieprawidłowej stawki podatku, stanowi błąd w obliczeniu ceny, który na podstawie powołanego przepisu powinien skutkować odrzuceniem jego oferty. Błąd ten ma oczywiste odniesienie do ceny za całość zamówienia, ponieważ powoduje kluczowe konsekwencje w ustalaniu ostatecznej ceny oferty - jest ona zdecydowanie niższa niż byłaby, gdyby wysokość podatku obliczono prawidłowo. Zgodnie z SIWZ wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić w cenie oferty należny podatek VAT (pkt X ust. 3 ppkt c) tiret 18). Stanowisko to znajduje potwierdzenie, w ocenie odwołującego, w ugruntowanych poglądach doktryny prawa, zgodnie z którymi: „błędne podanie stawki podatku VAT stanowi (...) błąd w obliczeniu ceny, a co za tym idzie, oferta taka powinna podlegać odrzuceniu” (vide: K. Prowadzisz, VAT pełen kontrowersji, „Monitor Zamówień Publicznych”, marzec 2010, nr 46), a także „błąd w obliczeniu ceny ofertowej nie może być poprawiony (...), a jego stwierdzenie winno skutkować bezwzględny odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 (...). Zastosowanie błędnej stawki VAT w ofercie należy zawsze klasyfikować jako błąd w obliczeniu ceny” (vide: R. Pruszkowski, Omyłki rachunkowe oraz błędy w obliczeniu ceny ofertowej, „Zamówienia Publiczne Doradca”, czerwiec 2008, nr 42). Odwołujący powołał także orzecznictwo Izby - wyrok z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 917/09, a także rozstrzygnięcie Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 03 lutego 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-163/05.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odwołujący stwierdził, że cena zaproponowana przez przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z informacją z dnia 11 maja 2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, wynosiła ona kwotę 27.944.308,18 zł, co oznacza, iż różniła się od ceny sklasyfikowanej na drugim miejscu o ponad sześć milionów złotych. Według odwołującego, cena przystępującego jest przy uwzględnieniu aktualnych cen materiałów ceną niewiarygodnie niską znacząco odbiegającą od cen rynkowych innych podobnych zamówień. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez Oferenta. Powinien cenę zaproponowaną w ofercie w pierwszej kolejności odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia, a także zobowiązany uwzględnić różnicę spowodowaną zawarciem w cenie kwoty podatku VAT. Dokonanie takiego zestawienia w niniejszej sprawie daje wynik, zgodnie z którym cena zaproponowana przez przystępującego stanowi ok. 70 % wartości zamówienia. Odnosząc się do wyjaśnień przedstawionych w piśmie z dnia 07 maja 2012 r., odwołujący wskazał, iż opierają się one bądź to na nieprawidłowych założeniach (kwestia należnej stawki podatku VAT), bądź na założeniach nierealnych z punktu widzenia kosztów procesu budowlanego i dowodów znajdujących się w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza zdaniem odwołującego, że przystępujący nie wyjaśnił, iż

proponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1 PZP odwołujący uzasadnił następująco: na podstawie pkt VII ust. 1 ppkt 2 SIWZ o Zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełnili warunek, zgodnie z którym „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...) nabyli wiedzę i doświadczenie, wykonując roboty budowlane: remont, budowa lub przebudowa budynków w zakresie robót ogólnobudowlanych, sanitarnych, sieci sanitarnych wraz z przyłączami, robót drogowych, elektrycznych, systemów alarmowych o łącznej wartości minimum 50.000.000,00 zł (...)”. Przystępujący wskazał w pkt 2 „Wykazu Robót Budowlanych”, iż wykonał „roboty budowlane w ramach projektu Ochrona dziedzictwa kulturowego w Muzeum Początków Państwa Polskiego w Gnieźnie - remont i przebudowa budynku muzeum”, o wartości 9.205.147,56 zł. Na potwierdzenie tego faktu przedłożył „Protokół odbioru końcowego obiektu” - dotyczący tych robót. Przy czym, z dokumentu tego nie wynika ich wartość. Zdaniem odwołującego oznacza to, że przystępujący powołał się na niepotwierdzone informacje. Gdyby przyjął, że wskazana przez niego wartość robót była nieprawidłowa, oznaczałoby to, iż nie spełnił on warunku przewidzianego w SIWZ i nie miał dostatecznego doświadczenia do realizacji Zamówienia. W ocenie odwołującego, w takiej sytuacji zamawiający miał obowiązek zażądania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Ponieważ tego nie uczynił doszło do naruszenia ustawy, które powinno skutkować odrzuceniem oferty przystępującego.

Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP odwołujący upatrywał w tym, że zamawiający dokonał wyboru oferty, która w rażący sposób odstawała pod względem ceny od pozostałych ofert, a także zawierała liczne nieprawidłowości. Treść SWIZ jasno wskazywała wymagania jakie miał spełniać oferta, w tym dotyczące obowiązku prawidłowego naliczenia podatku od towaru i usług i udowodnienia spełnienia wymagań uczestnictwa w przetargu. Pomimo ewidentnego naruszenia tych wymogów przez przystępującego, jego oferta została wybrana.

W dniu 21 maja 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Swój udział w postępowaniu odwoławczym zgłosili :

1. Elektrobud-Grudziądz Sp. z o.o., ul. Gierymskiego 27, 86-300 Grudziądz zgłaszającym swoje przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcę Elektrobud-Grudziądz Sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego z uwagi na przekroczenie 3 dniowego terminu na wniesienia przystąpienia, bowiem z akt wynika, że Zamawiający w dniu 21 maja 2012r. powiadomił wykonawców w tym przystępującego o złożonym odwołaniu. Natomiast przystąpienie do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej w dniu 29 maja 2012r. W związku z powyższym wobec przekroczenia wyżej wskazanego terminu dyktowanego art. 185 ustawy Izba nie

dopuszcza wykonawcę do postępowania.

2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ASTA-NET Małdziński, Ryczek S.j., Przeds. Usług Specjalist. SPADOCHRONIARZ W.Piotrowski, ASTA-BUD Sp. z o.o., KMC Administrator Nieruchomo, ul. Drygasa 29, 64-920 Piła zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić Konsorcjum: ASTA-NET Małdziński, Ryczek S.j., Przeds. Usług Specjalist. SPADOCHRONIARZ W.Piotrowski, ASTA-BUD Sp. z o.o., KMC Administrator Nieruchomości zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie, gdzie wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z rachunkami, które zostaną przedstawione. Odnosił się do warunków formalnych odwołania i przystąpień, kwestionował prawidłowość przystąpienia wykonawcy Elektrobud-Grudziądz Sp. z o.o. Ponadto wypowiadał się co do interpretacji stosowania 8% stawki VAT oraz odnosił się do zarzutu rażąco niskiej ceny, zarzutu niezgodności oferty z ustawą w związku z zarzutem braku wartości robót.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz z dnia 6 kwietnia 2012r., oferty przystępującego, oraz ofert pozostałych wykonawców, w tym oferty odwołującego, wezwania do wyjaśnień z dnia skierowanego do przystępującego z dnia 26 kwietnia 2012r., wyjaśnień przystępującego z dnia 7 maja 2012r., informacji o wyniku postępowania z dnia 11 maja 2012r., interpretacji : interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2011 r., sygn. akt: ITPP2/443-273/11/AJ, interpretacja z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt: ILPP2/443-236/11-2/MR oraz interpretacja z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt: ILPP2/443-236/11-3/MR.

Na podstawie powyższych dowodów, Izba ustaliła, że :

W nazwie postępowania zamawiający wskazał PKOB1220, który dotyczy budynków niemieszkalnych (kod 12) i biurowo-administracyjnych (kod 20)

W pkt VII ust. 1 ppkt 2 SIWZ o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełnili warunek, zgodnie z którym, „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...) nabyli wiedzę i doświadczenie, wykonując roboty budowlane: remont, budowa lub przebudowa budynków w zakresie robót ogólnobudowlanych, sanitarnych, sieci sanitarnych wraz z przyłączami, robót drogowych, elektrycznych, systemów alarmowych o łącznej wartości minimum 50.000.000,00 zł (...)”. Zgodnie z SIWZ wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić w cenie oferty należny potarek VAT (pkt X ust. 3 ppkt c) tiret 18), natomiast nie było obowiązku wyodrębniania z ceny brutto stawki czy wartości podatku VAT. Brak jest także pozycji odnoszącej się do stawki lub wartości podatku VAT w formularzu ofertowym jako załączniku do siwz. Cena podana przez wykonawców miała być ryczałtową ceną brutto.

Wynika to z pkt. X ust. 2 str. 13 siwz, w którym nie wspomina się nic na temat stawki podatku VAT, jedynym zapisem jest, że cena ma być cena brutto. Z kolei w X ust. 4 str. 14 siwz wskazuje się, że cena ma zawierać należny podatek VAT.

W wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2012r. zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie o treści „czy podany w opisie symbol Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych - „1220” dotyczy każdego budynku z osobna czy odnosi się do jednostki wojskowej jako całości – kompleksu” wyjaśnił, że wskazany symbol jest jednakowy dla każdego budynku objętego tym postępowaniem.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 35 997 170,00zł. co stanowi równowartość 9 376 705 euro, a kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 40 015 189,00 brutto

W ofercie przystępującego podano cenę brutto 27.944.308,18 zł.

Ceny pozostałych wykonawców kształtują się następująco:

CECOMM – 36 945 562,00zł.

SPRINT-36 596 430,80 zł.

Infratech-35 381 934,00zł,

Elektrobud-Grudziądz – 34 929 832,30 zł.

Agencja ochrony Szabel- 37 862 233,92zł.

Stal-Went – 38 543 895,62 zł.

Skanska – 36 536 708,00zł.

ASD sp. z o.o. – 43 988 000,00zł.

Odwołujący – 34 075 956,44 zł.

Przystępujący wskazał w pkt 2 „Wykazu Robót Budowlanych”, iż wykonał „roboty budowlane w ramach projektu Ochrona dziedzictwa kulturowego w Muzeum Początków państwa Polskiego w Gnieźnie - remont i przebudowa budynku muzeum”, o wartości 9.205.147,56 zł - Załącznik nr 6 do oferty. Na potwierdzenie tego faktu przedłożył „Protokół odbioru końcowego obiektu” - dotyczący tych robót - strony: 50 i 51 oferty.

W protokole nie podano wartości robót.

W żadnej z ofert nie wyodrębniono w formularzu ofertowym stawki i wartości podatku VAT.

W dniu 26 kwietnia 2012 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W odpowiedzi z dnia 7 maja 2012 r. przystępujący sprecyzował, iż wycenił „roboty wewnętrzne związane z pracami budowlanymi i budowlano-montażowymi według stawki VAT 8%, a pozostałe roboty w stawce 23 %” (vide: wezwanie w aktach postępowania). Ponadto powołał się na indywidualne interpretacje przepisów podatkowych udzielone na jego wniosek przez Ministra Finansów (vide: interpretacja z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt: ILPP2/443-236/11-2/MR oraz interpretacja z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt: ILPP2/443-236/11-3/MR - w aktach postępowania). Wskazał także na

Bezsporne jest między stronami, że budynki mieszkalne, w tym koszary służące celom mieszkaniowym żołnierzy korzystają z preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8%.

Izba zważyła, co następuje :

Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 PZP.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i znajdującą się na drugim miejscu w rankingu ofert, a jego zarzuty zmierzają do wyeliminowania przystępującego znajdującego się na pierwszym miejscu rankingu z postępowania. Zatem w przypadku ich potwierdzenia odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał na realizacji zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 PZP została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo zaoferowania ceny z błędną stawką podatku VAT

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wprost w nazwie zamówienia i w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że roboty budowlane będą dotyczyły budynków klasyfikowanych PKOB 1220. Ten kod obiektów budowlanych oznacza budynki przeznaczone na cele niemieszkalne, biurowo-administracyjne. Zamawiający w żadnym miejscu siwz nie wskazał, że w wyniku prowadzonych prac remontowo-budowlanych mają być wyodrębnione obiekty klasyfikowane kodem 1130 – który to kod oznacza budynki przeznaczone na cele mieszkaniowe. Informacja o udziale budynków o charakterze niemieszkaniowym do budynków mieszkaniowych nie wynikała wprost ani z treści siwz, ani z dokumentacji projektowej powołanej przez zamawiającego. Nadto w sposób jednoznaczny zamawiający wyjaśnił w dniu 6 kwietnia 2012r., że PKOB ma zastosowanie do wszystkich budynków poddanych zamawianym robotom budowlanym. Tym samym brak było podstaw do przyjęcia, że zamawiający będzie przeznaczał objęte zamówieniem obiekty na cele mieszkaniowe. Przepisy prawa podatkowego nie zwierają dyspozycji do zastosowania obniżonej stawki podatku VAT do budynków, których przeznaczeniem jest cel niemieszkaniowy, administracyjno-biurowy. Tym samym obliczając prawidłowo cenę należało zastosować stawkę podatku podstawową tj 23%. W tym zakresie przekonująca jest interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2011 r., sygn. akt: ITPP2/443-273/11/AJ powołana przez odwołującego, natomiast interpretacja z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt: ILPP2/443-236/11-2/MR oraz interpretacja z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt: ILPP2/443-236/11-3/MR, powołane przez przystępującego nie odpowiadają istniejącemu w sprawie stanowi faktycznemu i nie mogły zatem stanowić podstawy rozstrzygnięcia przez Izbę. Rację ma zamawiający przywołując postanowienia siwz, co do tego, że nie wymagał podania w ofercie wielkości zastosowanej stawki podatku czy też jej wysokości.

Natomiast w ocenie Izby nie zwalnia go to z obowiązku kontroli zaistnienia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 PZP, w sytuacji, gdy sam wykonawca podaje taką informację. Izba zwraca uwagę na to, że nie da się potraktować, jako elementu oderwanego od oferty wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 PZP. Już z samego brzmienia art. 90 ust. 1 PZP wynika, że wykonawcy w tych wyjaśnieniach wyjaśniają elementy oferty, które miały wpływ na cenę. Oznacza to, że informacje podawane w wyjaśnieniach w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, służą weryfikacji treści złożonej oferty, a zatem odnoszą się do jej elementów, w tym sposobu obliczenia ceny ofertowej, a tym samym mogą ujawniać błędy popełnione przez wykonawcę przy obliczeniu ceny oferty. W ocenie Izby taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Przystępujący chcąc wytłumaczyć wysokość zaoferowanej przez siebie ceny brutto podał, że dla części robót tj. robót wewnętrznych związane z pracami budowlanymi i budowlano-montażowymi obliczył cenę uwzględniając stawkę podatku 8%. Informacja ta ujawniła błąd w obliczeniu ceny popełniony przez przystępującego, gdyż obliczył on cenę z nieprawidłową stawką podatku, w sytuacji, gdy powinien był obliczyć cenę z uwzględnieniem jednolitej stawki 23%. Nieprawidłowość ta powoduje błąd w obliczeniu ceny, który zamawiający powinien był zauważyć i zbadać, a w konsekwencji odrzucić ofertę zawierającą nieprawidłową stawkę podatku VAT – vide uchwały SN z dnia 20 października 2011r. sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11. Mając to na uwadze Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że wbrew postanowieniom siwz przystępujący podał nieprawidłową stawkę podatku VAT

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie narzucił w siwz stawki podatku VAT, według której miały być obliczone oferty. Jedynie w X ust. 4 str. 14 siwz wskazuje się że cena ma zawierać należny podatek VAT. Należy podatek VAT oznacza podatek obliczony zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Nie można stwierdzić nie odpowiadania treści oferty treści siwz, która w siwz nie występuje. W przedmiotowej sprawie mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której zamawiający nakazał wykonawcom ustalić prawidłową stawkę podatku VAT i zgodnie z tym ustaleniem dokonać obliczenia ceny. Natomiast nie ma w siwz treści, która by wskazywała, że taka czy inna stawka podatku będzie uznana przez zamawiającego za prawidłową. Zatem brak jest możliwości popełnienia niezgodności treści oferty z treścią siwz w tym zakresie. Natomiast jak najbardziej możliwe jest popełnienie błędu w obliczeniu ceny, w sposób zgodny z siwz (tj. uwzględniający zgodną z prawem stawkę podatku VAT). Mając powyższe na uwadze, Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że zawiera ona cenę rażąco niską

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał w ocenie Izby, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazał wyłącznie na okoliczność, że cena roboczogodziny jest zdecydowanie niższa od cen wynikających z Sekocenbudu. Rzeczywiście przystępujący zaoferował stawkę roboczogodziny w wysokości 8, 9, 10zł. i jest to stawka niższa niż stawki przyjęte w Sekocenbudzie, jednakże żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu nie zaoferował cen roboczogodzin takich jak w Sekocenbudzie, ale wszyscy, w tym odwołujący zaoferowali ceny niższe. Odwołujący nie wykazał dlaczego uważa że zaoferowana przez niego cena roboczogodziny jest realna, a dlaczego cena przystępującego nie. Drugim argumentem jest odbieganie ceny całkowitej przystępującego od wartości szacunkowej zamówienia, natomiast w ocenie Izby sam fakt odbiegania ceny przystępującego od szacunków zamawiającego nie może świadczyć jeszcze o fakcie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Może być to natomiast podstawa do zwrócenia się do przystępującego o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 PZP. Ten obowiązek ciążyący na zamawiającym, zamawiający wypełnił. Dodatkowo odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie stanowią w jego ocenie wyjaśnień, jednak poza ogólnikowym stwierdzeniem stanowiska swego ani nie uzasadnił, ani nie udowodnił. Biorąc pod uwagę fakt, że to odwołujący stawiając zarzut zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną, chce osiągnąć pozytywny dla siebie skutek w postaci wyeliminowania konkurenta, to na odwołującym z mocy art. 190 ust. 1 PZP ciąży obowiązek udowodnienia, że cena zaoferowana przez przystępującego jest tak niska, że nie pokrywa kosztów materiałów, robocizny i sprzętu niezbędnych dla wykonania zamówienia i nie pozwala na osiągnięcie jakiegokolwiek zysku, a wręcz prowadzi do powstania (w przypadku realizacji zamówienia) straty u przystępującego. Odwołujący temu zadaniu nie sprostał. Mając to na uwadze Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP w związku z art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty przystępującego, a w konsekwencji ocenę oferty złożonej przez wykonawcę, który nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wskazał przepisu ustawy, który narusza złożona oferta. Zgodnie art. 25 ust. 2 ustawy rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane określa jakie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku mogą być żądane przez zamawiający i jakie okoliczności tymi dokumentacji mają być potwierdzane. W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia rozporządzenie wskazuje na dwa dokumenty tj. :

1. wykaz wykonanych robót budowlanych mający potwierdzać odbiorcę robót, miejsce ich wykonania, przedmiot, termin realizacji oraz wartość
2. dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i terminowo ukończone.

Nie jest zatem tak jak oczekuje tego odwołujący, że opisany wyżej w pkt. 2 dokument ma służyć potwierdzeniu informacji zawartych w wykazie robót budowlanych, dla ich uwiarygodnienia. Dokument ten czy to referencja, czy to protokół odbioru robót budowlanych, czy inny dokument wystawiony przez odbiorcę (inwestora) np. faktura z adnotacją „wypłacić - roboty ukończone prawidłowo i terminowo” ma wykazywać wyłącznie zgodne ze sztuką budowlaną wykonanie robót i terminowość jego ukończenia. Z dokumentu tego na potrzeby oceny spełniania warunku nie muszą wynikać jakiegokolwiek inne dane. Tym samym brak na protokole odbioru robót wartości tych robót nie oznacza, że przystępujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykazał to bowiem drugim dokumentem wymaganym przez rozporządzenie i zamawiającego tj. wykazem robót budowlanych. Mając to na uwadze zamawiający nie miał obowiązku niczego z przystępującym wyjaśniać. W ocenie Izby zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP w związku z art. 87 ust. 1 PZP nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty, która w rażący sposób odstawała pod względem ceny od pozostałych ofert, a także zawierała liczne nieprawidłowości.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, zamawiający doprowadził do wyboru oferty, która powinna być odrzucona. Oznacza to, że dokonał oceny ofert nieporównywalnych, gdyż porównywał oferty prawidłowe z ofertą, która powinna być odrzucona. W ocenie Izby uzasadnia to twierdzenie o nierównym traktowaniu wykonawców i naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, a także o dokonaniu wyboru wykonawców w sposób sprzeczny z ustawą. Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez dokonanie oceny ofert i wyboru oferty, która powinna być odrzucona.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zwrot kosztów dojazdu w wysokości 600zł., gdyż przedłożone dowody poniesienia kosztów nie wskazują na wysokość kwoty uiszczonej przez przedstawicieli odwołującego i nie stanowią rachunku, o którym mowa w rozporządzeniu w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględnił natomiast koszt dojazdu w kwocie 179zł. potwierdzony biletem

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba zasądziła od odwołującego na rzecz odwołującego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego § 3 pkt 1, pkt 2a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

Członkowie

.....