

Sygn. akt: KIO/UZP 688/08

WYROK
z dnia 22 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Członkowie: Lubomira Matczuk - Mazuś
Grzegorz Mazurek
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **UNIPOL Sp. z o.o., Szczecin, ul. Duńska 73** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Łowicz w Łowiczu, Stary Rynek 1** protestu z dnia 19 czerwca 2008 r.

przy udziale **Polcourt S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża UNIPOL Sp. z o.o., Szczecin, ul. Duńska 73
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **UNIPOL Sp. z o.o., Szczecin, ul. Duńska 73**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez .xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **UNIPOL Sp. z o.o., Szczecin, ul. Duńska 73**.

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

Zamawiający, Gmina Miasto Łowicz w Łowiczu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę nawierzchni bieżni lekkoatletycznej 6-torowej okólnej oraz 8-torowej bieżni prostej stadionu OSiR Nr 1 w Łowiczu wraz z urządzeniami lekkoatletycznymi i odwodnieniem terenu boiska”. W dniu 16 maja 2008 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 103668-2008. W tym samym dniu nastąpiła publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 13 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez POLCOURT S.A. Na tę czynność oraz na zaniechanie

wykluczenia wykonawcy POLCOURT S.A. i odrzucenia jego oferty w dniu 19 czerwca 2008r. wniósł protest wykonawca – UNIPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp” oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605) zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”.

Odwołujący wniósł w proteście o dokonanie powtórnej oceny ofert, a w rezultacie wykluczenie z postępowania POLCOURT S.A. i uznanie złożonej przez tego wykonawcę oferty za odrzuconą oraz o dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podniósł w proteście, iż POLCOURT S.A. winien zostać wykluczony z postępowania ponieważ nie spełnia, określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, warunków udziału w postępowaniu tj.:

- nie posiada wymaganego doświadczenia – przedstawione w „wykazie wykonanych robót” roboty budowlane zostały zrealizowane przez Marka Piotrowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „POLCOURT” Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz z siedzibą w Gostyninie, a nie przez wykonawcę, który złożył ofertę tj. POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, a jednocześnie brak jest podstaw do uznania, że POLCOURT S.A. może posługiwać się doświadczeniem i referencjami „POLCOURT” Firmy Wielobranżowej Marek Piotrowicz w wyniku nabycia tego przedsiębiorstwa w październiku 2007 r.

- złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania zawarte w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia odnośnie robót wykonanych przez POLCOURT S.A.

- nie złożył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu – opinii biegłego rewidenta do sprawozdania finansowego za rok 2007. POLCOURT S.A. została wpisana do rejestru przedsiębiorstw w dniu 2 października 2007 r.

- złożył dokumenty, które nie odpowiadają wymaganiom określonym w siwz tj. opinię banku potwierdzającą współpracę BZ WBK S.A. z POLCOURT S.A. od 3 września 2007 r. podczas, gdy rejestracja Spółki nastąpiła w październiku 2007 r. oraz polisę OC Nr OCD-F 0015111 wraz z aneksem nr 1, z treści której nie wynika czy ubezpieczenie to obejmuje odpowiedzialność deliktową i kontraktową jednocześnie.

Ponadto oferta złożona przez POLCOURT S.A. zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 88 ust. 1 Pzp bowiem błąd dotyczy obliczenia kwoty podatku VAT, która została zawyżona o 1 grosz w wyniku, niezgodnego z zasadami

rachunkowości, zaokrąglenia kwoty podatku do pełnych groszy (§ 9 ust. 6 zd. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, zaliczkowego zwrotu podatku, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług. - Dz. U. Nr 95, poz.798 z późn. zmianami).

Do postępowania protestacyjnego toczącego się w wyniku wniesienia protestu w dniu 23 czerwca 2008r. (pismem z dnia 23 czerwca 2008 r.) przystąpił wykonawca POLCOURT S.A.

Pismem z dnia 27 czerwca 2008 r. przekazany Odwołującemu w dniu 2 lipca 2008 r. Zamawiający oddalił protest. W rozstrzygnięciu protestu wskazał, że z przedłożonej przez POLCOURT S.A. umowy sprzedaży przedsiębiorstwa POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz z dnia 2 października 2008 r. wynika, że doszło do rzeczywistego przeniesienia przedsiębiorstwa w całości tj. części materialnej, pracowników, związanego z tym dobrego imienia firmy, w tym doświadczenia zawodowego i organizacyjnego oraz wiedzy niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia, na rzecz POLCOURT S.A. W związku z powyższym nabywca POLCOURT S.A. jest upoważniony do powoływania się na doświadczenie i wiedzę uzyskane przez FW POLCOURT Marek Piotrowicz, a tym samym do posługiwania się referencjami wystawionymi na osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą. W świetle powyższego Zamawiający uznał za niezasadny zarzut złożenia przez POLCOURT S.A. nieprawdziwych informacji w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Odnośnie zarzutu dotyczącego braku opinii biegłego rewidenta Zamawiający stwierdził, że zgodnie z § 25 pkt 1 statutu POLCOURT S.A. pierwszy rok obrotowy Spółki kończy się 31 grudnia 2008r., co jest zgodne z art. 64 ustawy o rachunkowości z dnia 29 września 1994 r.(Dz. U. 2002 Nr 76 poz. 694 ze zmianami). Jeśli chodzi natomiast o zakres polisy ubezpieczeniowej, złożonej przez POLCOURT S.A. Zamawiający stwierdził, iż uzyskał jednoznaczne wyjaśnienia od firmy ubezpieczeniowej (pismo z dnia 20 i 25 czerwca 2008 r.), że polisa ta obejmuje zarówno odpowiedzialność kontraktową jak i deliktową. Również zaświadczenie wystawione przez bank spełnia wymagania określone w specyfikacji, gdyż zostało wystawione 9 czerwca 2008 r., tj. nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert (10 czerwca 2008 r.) oraz potwierdza spełnienie warunku dotyczącego posiadania rachunku na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł. W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny Zamawiający wyjaśnił, że kwoty netto i brutto podane w ofercie są zgodne z otrzymanym wynikiem podanym w kosztorysach załączonych do oferty. Powstała w wyniku zaokrąglenia różnica 1 grosza nie stanowi błędu w obliczeniu ceny w odniesieniu do podatku VAT ponieważ nie wiąże się z niewłaściwą stawką podatku, a jedynie wynika z błędu w zaokrągleniu trzeciej cyfry po przecinku.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 4 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, wykluczenia POLCOURT S.A. z postępowania i uznania złożonej przez tego wykonawcę oferty za odrzuconą oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w proteście.

W dniu 11 lipca 2008 r. (pismem z dnia 10 lipca 2008 r.) POLCOURT S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp uprawniający do korzystania ze środków ochrony prawnej. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie postępowania mogłoby bowiem spowodować uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego, gdyż oferta Odwołującego jest drugą z kolei ofertą sklasyfikowaną przez Zamawiającego pod względem wysokości zaoferowanej ceny.

Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy POLCOURT S.A. z postępowania z powodu nie spełniania, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W toku postępowania nie potwierdziły się zarzuty dotyczące:

- nie posiadania przez POLCOURT S.A. wymaganej wiedzy i doświadczenia,
- złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania odnośnie robót wykonanych przez POLCOURT S.A. przedstawionych w „wykazie wykonanych robót”,
- nie złożenia wymaganej przez Zamawiającego opinii biegłego rewidenta do sprawozdania finansowego za rok 2007,
- złożenia opinii banku oraz polisy OC, które nie odpowiadają wymaganiom określonym w siwz.

POLCOURT S.A. załączył do oferty wykaz wykonanych robót zgodnie z wymogiem Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, załączając jednocześnie oświadczenie podpisane przez Marka Piotrowicza Prezesa Zarządu Spółki, iż Spółka nabyła wraz z przedsiębiorstwem FW POLCOURT Marek Piotrowicz wiedzę i doświadczenie wraz z referencjami w zakresie, w jakim dysponowało nimi ww. przedsiębiorstwo. Jako załącznik do pisma, którym POLCOURT S.A. przystąpił do postępowania protestacyjnego, Spółka przedstawiła umowę sprzedaży z dnia 2 października 2007 r. wraz z notarialnym poświadczeniem podpisów (Repertorium A.5107/2007) osób reprezentujących strony umowy. W oparciu o treść powyższych dokumentów Izba ustaliła, iż Zamawiający nie miał podstaw do podważenia ich wiarygodności, co uprawniałoby jednocześnie Zamawiającego do wykluczenia POLCOURT S.A. z postępowania, jako niespełniającego warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia. Przystępujący do postępowania odwoławczego POLCOURT S.A. przedstawił na rozprawie potwierdzenie dokonania w dniu 26.10.2007r. zapłaty kwoty z tytułu nabycia przedsiębiorstwa, o którym mowa powyżej na rzecz zbywcy Marka Piotrowicza, co obala argument Odwołującego dotyczący wątpliwości czy umowa sprzedaży doszła do skutku. Z treści umowy sprzedaży, w szczególności z § 1 wynika, iż Marek Piotrowicz zbył na rzecz POLCOURT S.A. przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ KC tj. bez wyłączenia jakichkolwiek majątkowych i niemajątkowych składników tego przedsiębiorstwa w zakresie projektowania, budowy i wyposażenia obiektów sportowych i związanej z tym infrastruktury. O rzeczywistym włączeniu przedsiębiorstwa do Spółki zdaniem Zamawiającego może świadczyć fakt, iż jak wyjaśnił Zamawiający w ofercie POLCOURT S.A. wskazano sprzęt oraz pracowników przedsiębiorstwa Marka Piotrowicza, znanych Zamawiającemu z wcześniejszych zamówień, realizowanych przez zbywcę przedsiębiorstwa. W tym stanie faktycznym Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw aby stwierdzić, iż POLCOURT S.A. nie jest upoważniony do powoływania się na doświadczenie i wiedzę uzyskane przez FW POLCOURT Marek Piotrowicz, w wyniku nabycia tego przedsiębiorstwa. Osobnym zagadnieniem jest posiadanie przez zbywcę przedsiębiorstwa uprawnienia do posługiwania się składnikami niematerialnymi zbytego przedsiębiorstwa, w tym posługiwania się doświadczeniem i referencjami. Odwołujący nie przeprowadził dowodu na tę okoliczność.

W świetle powyższego należy uznać za niezasadny zarzut Odwołującego dotyczący złożenia przez POLCOURT S.A. nieprawdziwych informacji w oświadczeniu, że Spółka spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wykazanych w ofercie zrealizowanych robót budowlanych.

Zamawiający w pkt 6.2 lit. f siwz określił, że wykonawcy w celu wykazania znajdowania się w sytuacji ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia mają przedłożyć „sprawozdanie finansowe albo jego część a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu lub jego części, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”.

Wykonawca POLCOURT S.A. złożył w ofercie bilans oraz rachunek zysków i strat Spółki na dzień 31.12.2007 r, a także bilans z rachunkiem zysków i strat POLCOURT FW Marek Piotrowicz na dzień 31.12.2006 r. oraz na dzień 31.12.2005 r. Wykonawca, załączając do pisma z dnia 23 czerwca 2008 r. w sprawie przystąpienia do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu, wypis ze statutu Spółki, wyjaśnił, iż zgodnie z § 25 pkt 1 statutu POLCOURT S.A. pierwszy rok obrotowy Spółki kończy się 31 grudnia 2008r., a zatem nie jest możliwe przedłożenie opinii z badania sprawozdania przez biegłego rewidenta, ponieważ badanie nastąpi po zakończeniu pierwszego roku obrotowego. Jest to zgodne z przepisem art. 64 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 ze zmianami).

Zamawiający wymagał w siwz (pkt 6.2 lit. h w związku z pkt 5.1lit.c), aby wykonawca przedłożył „polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej (ubezpieczenie deliktowe i kontraktowe) w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej – obejmujący także przedmiot zamówienia w wysokości nie mniejszej niż 100 000,00 zł (sto tysięcy złotych)”.

Izba ustaliła, że załączona do oferty POLCOURT S.A. polisa ubezpieczeniowa wydana przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe FILAR S.A. nr OCD-F 0015111 w dniu 13.02.2008 r. w Gostyninie na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia przedsiębiorstwa od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, nie zawiera w swojej treści zapisu wskazującego wprost, iż ubezpieczenie obejmuje odpowiedzialność deliktową i kontraktową. Zawiera sformułowanie „zakres podstawowy, rodzaj ubezpieczenia „501”. W dniu 25.06.2008 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie zakresu ubezpieczenia „501”. W dniu 25.06.2008r. Wykonawca przesłał Zamawiającemu pisma TU FILAR S.A. z dnia 20.06.2008 r. i z dnia 23.06.2008r. wyjaśniające, iż ww. polisa obejmuje zarówno odpowiedzialność za szkody wyrządzone czynem niedozwolonym (odpowiedzialność z tytułu deliktu) jak i szkody wyrządzone na skutek rażącego niedbalstwa (odpowiedzialność kontraktowa). W świetle powyższych wyjaśnień należy stwierdzić, że polisa załączona przez POLCOURT S.A. do oferty spełnia wymagania specyfikacji określone przez Zamawiającego.

Izba nie rozpatrywała zarzutu w zakresie załączonego do oferty POLCOURT S.A. zaświadczenia Banku Zachodniego WBK S.A. z dnia 09.06.2008 r. wobec cofnięcia powyższego zarzutu przez Odwołującego w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 22 ust.1 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba uznała również za niezasadny zarzut, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Ocena oferty POLCOURT S.A. przez Zamawiającego nie została dokonana z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności Izba zważyła, że wyjaśnienie wątpliwości, zgłoszonych przez Odwołującego w proteście w stosunku do oferty złożonej przez POLCOURT S.A., które nastąpiło w przystąpieniu do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu, potwierdziło prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty w zakresie zgłoszonych zarzutów. Wyjaśnienia zawarte przez POLCOURT S.A. w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego były wynikiem zgłoszenia przez Odwołującego wątpliwości co do treści oferty POLCOURT S.A. W ocenie Izby oddalenie protestu przez Zamawiającego w oparciu o złożone wyjaśnienia nie stanowi naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Jak stwierdził Zamawiający w toku rozprawy, nie miał wątpliwości co prawidłowości dokumentów złożonych w ofercie przez POLCOURT S.A. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty powyższe nie podlegały konieczności uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jako niezłożone lub zawierające błędy. Wyjaśnienie wątpliwości, zgłoszonych w proteście, było efektem wniesienia środka ochrony prawnej przez Odwołującego.

Wobec braku przedstawienia przez Odwołującego okoliczności wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego przepisów *rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów* Izba uznała zarzut, w tym zakresie, za bezpodstawny.

Izba stwierdziła, iż nie podlega również uwzględnieniu zarzut, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez błędną ocenę oferty złożonej przez POLCOURT S.A. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 88 ust. 1 Pzp, ponieważ błąd dotyczy obliczenia kwoty podatku VAT poprzez zawyżenie o 1 grosz należnego podatku, które nastąpiło w wyniku niezgodnego z zasadami rachunkowości zaokrąglenia kwoty podatku do pełnych groszy (§ 9 ust. 6 zd. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, zaliczkowego zwrotu podatku, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług. - Dz. U. Nr 95, poz.798 z późn. zmianami).

Zamawiający w pkt 10.2 lit. b siwz określił, że oferta musi zawierać „oferowaną jedną cenę ryczałtową ogółem brutto podaną cyfrowo i słownie w rozbięciu na cenę ryczałtową netto (bez podatku VAT) podaną cyfrowo i słownie oraz stawkę i kwotę podatku VAT, podaną cyfrowo i słownie”. Zamawiający wskazał ponadto w pkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że „cenę ofertową netto należy określić na podstawie przygotowanego przez wykonawcę kosztorysu ofertowego, który jednak stanowi wyłącznie materiał pomocniczy”.

POLCOURT S.A. zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę brutto 2 748 024,74 zł. Zgodnie z zapisem pkt 10. 2 „uwaga 10” specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formularzu ofertowym wykonawca POLCOURT S.A. wpisał cenę netto, wynikającą z kosztorysu ofertowego, załączonego do oferty. Wykonawca prawidłowo podał w formularzu ofertowym stawkę podatku VAT - 22%, natomiast kwota podatku z zastosowaniem ww. stawki została wyliczona od ceny netto nieprawidłowo. Kwota ta odpowiada dokładnie sumie kwot podatku VAT wyliczonych i zawartych w kosztorysie ofertowym (branża sanitarna i branża budowlana), co potwierdził również Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu. Kwota podatku wskazana w formularzu ofertowym jest wyższa o 1 grosz od kwoty należnego podatku VAT. Jak wyjaśnił Przystępujący na rozprawie, kwota podatku została błędnie wyliczona na skutek omyłki rachunkowej w wykonaniu działania arytmetycznego.

Izba uznała za istotną okoliczność w tej sprawie, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił sposób wynagrodzenia za realizację zamówienia w postaci ceny ryczałtowej za cały przedmiot zamówienia. Okoliczność powyższa jest bezsporna – wynika z treści specyfikacji istotnych warunków (pkt. 12 siwz) zamówienia oraz projektu umowy (§ 10), a także nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania. W świetle powyższego, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a cyt. „w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia”, który w ocenie Izby znajduje zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Izba podzieliła w tej mierze stanowisko Sądu Okręgowego w Koszalinie, który stwierdził, że w przypadku oferty z ceną ryczałtową dopuszczalne jest poprawienie omyłek rachunkowych związanych z obliczeniem podatku od towarów i usług (podatku VAT) lub z sumowaniem kwoty podatku i ceny netto oraz jeżeli wykonawca w swojej ofercie podał cenę ryczałtową netto i brutto, to w takiej sytuacji należało uznać, że cena brutto została podana prawidłowo, pomimo że wykonawca błędnie obliczył VAT. Od tej ceny powinien zostać odprowadzony należny podatek. (wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 8 grudnia 2005 r. sygn. akt VII Ca 881/05.).

Pogląd powyższy znajduje odzwierciedlenie w piśmiennictwie „Przez cenę ryczałtową zgodnie z ustawą o cenach należy rozumieć wartość brutto.

W konsekwencji, poprawieniu omyłki rachunkowej podlegać będą wszystkie te elementy przedstawionego w ofercie równania matematycznego, którego wynik stanowi cena, z wyjątkiem całkowitej ceny brutto. Poprawienie omyłki rachunkowej polegać więc będzie na koniecznej zmianie na prawidłową ceny netto lub brutto za jedną sztukę oraz wartości netto.” (vide: komentarz do art. 88 Pzp, Prawo zamówień publicznych Komentarz, wydanie III pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Wyd. UZP Warszawa 2007. str. 302 – 303.).

W ocenie Izby, istotne jest również, że wykonawca POLCOURT S.A. podał w ofercie prawidłową stawkę podatku VAT, a zatem nieprawidłowość wyliczenia kwoty VAT nie może być uznana za błąd w obliczeniu ceny, uprawniający Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. lecz omyłkę rachunkową dotyczącą przeprowadzonego działania arytmetycznego. Izba podziela stanowisko wyrażone przez autorów komentarza do art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III., że „... bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż omyłka rachunkowa. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, błędem będzie również przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc raczej błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, niż wadliwie od strony "technicznej" wykonaną czynnością obliczenia ceny.”

W ocenie Izby na uwagę zasługuje także okoliczność, iż różnica w wyliczeniu należnego podatku (przewyższenie kwoty należnej) wynosi zaledwie 1 grosz. Zgodnie z orzecznictwem sądowym należy przyjąć, iż odrzucenie oferty w tych okolicznościach byłoby sprzeczne z art. 5 KC (wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 8 listopada 2005 r. sygn. akt II Ca 752/05).

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*