

**Sygn. akt: KIO/UZP 337/08**

**WYROK**

**z dnia 24 kwietnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Stanisław Sadowy**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**

**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 kwietnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Projektowe „STANDARD” Sp. z o.o. ul. W. Jagiełły 32 64-100 Leszno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miejską Leszno ul. Karasia 15, 64-100 Leszno** protestu z dnia **27 marca 2008 r.**

przy udziale wykonawcy **DUDKOWIAK Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. J. Stanisław Dudkowiak Ewa Dudkowiak ul. Borowikowa 14, 64-100 Leszno**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Leszno ul. Karasia 15, 64-100 Leszno i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Projektowe „STANDARD” Sp. z o.o. ul. W. Jagiełły 32 64-100 Leszno;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miejską Leszno ul. Karasia 15, 64-100 Leszno** na rzecz **Przedsiębiorstwa Inwestycyjno-Projektowego „STANDARD” Sp. z o.o. ul. W. Jagiełły 32 64-100 Leszno**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 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 **Przedsiębiorstwa Inwestycyjno-Projektowego „STANDARD” Sp. z o.o. ul. W. Jagiełły 32 64-100 Leszno;**

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

W dniu 11.02.2008 r. Gmina Miejska Leszno, zwana dalej „Zamawiającym” działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), dalej „Pzp”, wszczęła przetarg nieograniczony na „Budowę budynku wielorodzinnego z lokalami socjalnymi w Lesznie przy ul. Gronowskiej 101”. Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych z 2008 r. Nr 1, pod poz. 27796.

Zawiadomieniem z dnia 20.03.2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty, o wynikach postępowania. Zgodnie z treścią zawiadomienia, za najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uznał ofertę firmy Dudkowiak Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Stanisław Dudkowiak, Ewa Dudkowiak z siedzibą w Lesznie.

W dniu 27.03.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest wykonawcy – Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Projektowe „STANDARD” Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, zwane dalej „Odwołującym”. Protest został wniesiony na zaniechanie przez Zamawiającego w toku postępowania odrzucenia ofert złożonych przez:

1) Dudkowiak Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Stanisław Dudkowiak, Ewa Dudkowiak z siedzibą w Lesznie.

oraz

2) Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa „Partner” Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie.

Odwołujący w proteście zarzucił, iż zaniechaniem tym Zamawiający naruszył:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 i 2 Pzp w związku z pkt 16 ust. 1 SIWZ – poprzez brak odrzucenia ofert wyżej wymienionych wykonawców, których treść nie spełnia wymogów ustalonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, zawierając błędy w obliczeniu ceny,
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny złożonych ofert w sposób nie gwarantujący równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł także, iż jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia został naruszony, gdyż za najkorzystniejszą winna była zostać uznana jego oferta, zawiera bowiem najniższą cenę spośród ofert ważnych. Dlatego wniósł o ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, przede wszystkim, co następuje: Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za ważną i w ocenie punktowej przyznał jej trzecią lokatę. Zdaniem Odwołującego takie rozstrzygnięcie postępowania jest wadliwe i wymaga weryfikacji. Oferty, które uplasowały się na 1 i 2 pozycji powinny bowiem być odrzucone, gdyż zawierają błędy w obliczeniu ceny. Ceny ofertowe podane w obu ofertach zostały wyliczone z uwzględnieniem podatku VAT w wysokości stawki podatku VAT 7% od wszystkich robót (elementów) wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wartości netto poszczególnych rodzajów i elementów robót zostały wyliczone i przedstawione w załączonych kosztorysach ofertowych. Suma tych wartości po dodaniu 7% stawki VAT daje dokładnie kwoty, które wymienieni oferenci podali jako ceny ofertowe.

Zdaniem Odwołującego, tak skalkulowane oferty zawierają błędy w wyliczeniu ceny, które skutkować winny ich odrzuceniem przez Zamawiającego. Stosownie bowiem do par. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24.12.2007 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2007 r., Nr 249, poz. 1861), preferencyjna stawka VAT w wysokości 7% nie dotyczy już tzw. infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, a zatem w przypadku robót obejmujących budowę dróg, chodników, zieleni i przyłączy winna być stosowana stawka podstawowa VAT w wysokości 22%.

Odwołujący wskazał, iż z treści zapisu pkt 16 ust. 1 SIWZ oraz z par. 3 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) wyraźnie wynika, iż cena ofertowa winna obejmować należny podatek VAT, w ustawowej wysokości.

Odwołujący wskazał jednocześnie na art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 05.07.2001 r. o cenach, do której odsyła art. 2 pkt 1 Pzp, zawierający definicję ceny.

Zastosowanie błędnej stawki VAT w ofercie należy kwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W dniu 04.04.2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie Wykonawca – Dudkowiak Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Stanisław Dudkowiak, Ewa Dudkowiak, popierając stanowisko Zamawiającego, wyrażone w informacji o wynikach postępowania.

Rozstrzygnięciem z dnia 04.04.2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości, uznając protest za bezpodstawny.

W dniu 09.04.2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymując zarzuty protestu, Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Dudkowiak Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Stanisław Dudkowiak, Ewa Dudkowiak oraz Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa „Partner” Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie i ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 3 600 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W dniu 21.04.2008 r. Wykonawca - Dudkowiak Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Stanisław Dudkowiak, Ewa Dudkowiak – uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) oraz treść ofert złożonych przez Przystępującego i Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa „Partner” Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, a także

wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił następujący stan faktyczny i prawny sprawy.

Strony postępowania są zgodne w kwestii, iż do robót budowlanych związanych z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu, a wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia, ma zastosowanie, od 1 stycznia 2008 r. 22 % stawka podatku VAT. Stanowisko to strony postępowania odwoławczego wyraziły w pismach procesowych i potwierdziły na rozprawie przed składem orzekającym Izby. Przedmiot sporu dotyczy kwestii, czy ceny ofert złożonych przez Wykonawców: Dudkowiak Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Stanisław Dudkowiak, Ewa Dudkowiak oraz Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa „Partner” Sp. z o.o. faktycznie uwzględniają, dla całości przedmiotu zamówienia właściwe stawki podatku VAT (tj. 7% – budownictwo mieszkaniowe i 22%-infrastruktura towarzysząca).

Skład orzekający Izby ustalił, w tym zakresie, co następuje:

Zgodnie z pkt 18.1 SIWZ kryterium oceny oferty stanowiła cena brutto.

Zamawiający w SIWZ określił również sposób obliczenia ceny, pkt 16 SIWZ. Zamawiający nie żądał wprost podania stawki podatku VAT, jednakże w § 3 ust. 2 projektu umowy, zawarł wymóg ustalenia kwoty wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy na podstawie złożonej oferty, która winna zawierać podatek VAT w ustawowej wysokości.

Odwołujący wykazał, iż zarówno Przystępujący, jak i Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa „Partner” Sp. z o.o., złożyli oferty z zastosowaniem stawki VAT w wysokości 7% w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia.

Suma kwot z kosztorysów (poszczególnych robót) wynosi: dla oferty Przystępującego – 999.656,74 zł, a powiększona o 7%, tj. o kwotę 69.977,54 zł stanowi kwotę 1.069.656,74 zł i taką cenę oferty – brutto - Wykonawca ten podał w formularzu ofertowym.

Z kolei określona w ofercie Przedsiębiorstwa Realizacji Budownictwa „Partner” Sp. z o.o. suma kwot z kosztorysów dla poszczególnych robót wynosi 1.065.997,91 zł i powiększona o 7%, tj. o kwotę 74.619,85 zł, stanowi kwotę 1.140.617,76 zł; taką cenę oferty – brutto - Wykonawca określił w formularzu ofertowym.

W wyniku zastosowania do całego przedmiotu zamówienia jednej stawki podatku VAT, w wysokości 7%, oferty wyżej wymienionych Wykonawców zawierają błędy w

obliczeniu ceny, skutkujące obowiązkiem odrzucenia wadliwych ofert. Ceną, zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5.07.2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97 poz. 1050 z późn. zm.), jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, a w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług. W wyniku zastosowania stawki podatku VAT w nieprawidłowej wysokości kwestionowane oferty zawierają błąd w obliczeniu ceny (brutto).

Dodać należy, iż przy ocenie ofert pod względem kryterium ceny, brana jest pod uwagę cena do zapłacenia, zatem – w przypadku ofert z naliczonym podatkiem VAT – cena brutto.

Argumentacja podnoszona przez Przystępującego na rozprawie, że stawka podatku VAT 22% została uwzględniona w jego ofercie w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysowych, nie znajduje uzasadnienia. Przygotowane przez wykonawców kosztorysy ofertowe zawierają bowiem ceny netto, które w celu uzyskania ceny ofertowej (cena brutto) podlegającej ocenie, powinny być powiększone o zgodną z przepisami, tj. właściwą dla danego elementu przedmiotu zamówienia stawkę podatku VAT, czyli w badanej sprawie - 7% i 22%

Poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Tym samym, za uzasadniony należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, nakazującego prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Skład orzekający Izby uznał jednocześnie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp o niezgodności wskazanych ofert z treścią SIWZ za nieudowodniony. Odwołujący w tym zakresie, tak proteście i odwołaniu, jak i na rozprawie, nie podnosił żadnych argumentów na poparcie stawianego zarzutu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku Odwołującego, zawartego w treści odwołania, o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 3 600 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, z uwagi na brak przedłożenia, do czasu zamknięcia rozprawy, stosownego rachunku, o którym mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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 Poznaniu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*