

Sygn. akt: KIO/UZP 17/10

WYROK
z dnia 12 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firma Handlowo – Usługowa RAPIDEX Marek Zięba, Magdalena Kopeć S.C., 30-040 Kraków, ul. Królewska 49/12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53** protestu z dnia 17 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert w częściach 4 i 5 zamówienia

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Firma Handlowo – Usługowa RAPIDEX Marek Zięba, Magdalena Kopeć S.C., 30-040 Kraków, ul. Królewska 49/12,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53** na rzecz **Firma Handlowo – Usługowa RAPIDEX Marek Zięba, Magdalena Kopeć S.C., 30-040 Kraków, ul. Królewska 49/12** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firma Handlowo – Usługowa RAPIDEX Marek Zięba, Magdalena Kopeć S.C., 30-040 Kraków, ul. Królewska 49/12.**

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

Zamawiający - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest ręczne oczyszczanie miasta Krakowa z podziałem na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24.10.2009 roku pod poz. 2009/ S 206 -296371.

Odwołujący - wspólnicy spółki cywilnej Marek Zięba oraz Magdalena Kopeć, prowadzący działalność p.n. Firma Handlowo - Usługowa „Rapidex” złożyli w dniu 17 grudnia 2009 roku protest a następnie wobec jego oddalenia - w dniu 31 grudnia 2009 roku odwołanie, w którym wskazali na naruszenie:

1. art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - przez błędne zastosowanie, bowiem oferta odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

2. art. 7 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - przez jego niezastosowanie mimo istnienia podstawy do żądania od odwołującego wyjaśnień co do treści oferty.

Odwołujący wskazał również na wady siwz, które w jego ocenie winny skutkować unieważnieniem postępowania i w tym zakresie podniósł naruszenie:

1. art. 7 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 45 ust. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp - część V ust. 1 pkt 4 siwz bezprawnie dopuszcza możliwość wpłaty wadium w pieniądzu nie tylko za pomocą przelewu bankowego ale także wpłaty gotówkowej
2. art. 7 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów – część III ust. 1 ppkt a siwz dopuszcza się możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem za okres dłuższy niż 3 lata przed wszczęciem postępowania.
3. art. 7 w zw. z § 1 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów – część IV ust. 3 siwz, nakazuje, aby każdy wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał posiadanie polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia, potwierdzającego że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z kosztorysów ofertowych przekazanych zamawiającemu w dniu 30 grudnia 2009 roku na okoliczność wykazania, iż ceny jednostkowe, składające się na ogólną cenę oferty zostały skalkulowane w uwzględnieniu prawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 7%.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że nie pozostawał w błędzie co do właściwej stawki podatku VAT obowiązującej dla usług będących przedmiotem zamówienia, bowiem powszechnie wiadomo że jest to stawka 7%. W wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w dniu 4 grudnia 2009 roku, wskazał, że podana przez odwołującego w formularzu oferty stawka 22 % VAT nie dotyczy podatku, jakim jest objęta usługa dla zamawiającego, ale dotyczy pozostałych podatków, które odwołujący poniesie jako koszty wliczane w cenę usługi. Wskazał, że chodzi tu o koszty usług transportowych, które wchodzi w zakres głównej usługi ręcznego oczyszczania miasta i będą wykonywane przy wsparciu sprzętowym firmy Krak Trans Stanisław Jamróz. Odwołujący uwzględnił te koszty, zgodnie z wymogiem części VIII pkt 2 siwz, gdzie zamawiający wskazał, aby w cenie ofertowej uwzględnić podatek VAT oraz wszystkie wymagania określone w załącznikach np. koszty transportu i inne. Cena brutto winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty celne, ubezpieczenia, opłaty transportowe.

Podkreślił, że zamawiający nie wykazał ani nie udowodnił, że odwołujący miał mylne pojęcie o obowiązujących stawkach VAT. Zamawiający nie żądał podania ceny jednostkowej netto lub stawki VAT również w załączniku nr 7 do oferty, gdzie znajduje się wykaz cen jednostkowych brutto za poszczególne rodzaje prac dla 5 i 6 rejonu. Wzór formularza ofertowego oraz załączników jest zbyt ogólny, aby móc zweryfikować jakie składniki ceny zastosował odwołujący. Cena brutto oferty jest prawidłowa i może stanowić podstawę do porównania ofert. W ocenie odwołującego, zamawiający mógł a nawet powinien w przypadku jakichkolwiek wątpliwości wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający protest w dniu 21 grudnia 2009 roku oddalił, wskazując, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny przez przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT 7% i 22 %. Zaniechanie odrzucenia oferty z dwoma stawkami VAT i porównanie jej z pozostałymi 15 ofertami stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający w formularzu oferty nie wymagał podania ceny za usługi transportu, zatem tłumaczenie odwołującego, że podał stawkę za te usługi uznał za niezasadne. Wskazał, że błąd w naliczeniu stawki VAT jest nie podlegającym wyjaśnieniom błędem w obliczeniu ceny. Wyjaśnienia z dnia 4 grudnia 2009 roku potwierdziły, że oferta nie zawiera omyłkowego wpisania VAT 22 % ale zawiera dwie stawki VAT.

Pozostałe zarzuty zmierzające do unieważnienia postępowania zamawiający uznał za spóźnione na tym etapie postępowania i stanowiące próbę szantażu ze strony odwołującego, ponieważ odwołujący wskazuje na wadliwość siwz tylko w przypadku nie wybrania swojej oferty. Odnosząc się do nich merytorycznie wskazał, że siwz nie dopuszczała wpłaty wadium w kasie; wymóg dotyczący wykazania się wymaganym doświadczeniem dotyczył ostatnich 3 lat, które zamawiający doprecyzował jako pełne trzy lata wstecz tj. od 1.01.2006 i nie jest on sprzeczny z treścią rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów. Odnosnie polisy OC wskazał, że może w przypadku odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum skonsumować ubezpieczenie OC danego wykonawcy (członka konsorcjum)

Na podstawie dokumentacji akt sprawy a także biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na ręcznym oczyszczaniu Miasta Krakowa z podziałem na 8 części (rejonów). Zarzuty protestu i odwołania dotyczą zasadniczo części 4 i 5, obejmujących rejon 5 i rejon 6 miasta, w których oferta odwołującego została odrzucona. Odwołujący podniósł także, z ostrożności procesowej, zarzuty, które w jego ocenie winny skutkować unieważnieniem postępowania we wszystkich częściach.

W części VIII siwz „opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający wymagał, aby na druku oferta (załącznik nr 1) podać odrębnie dla każdej z oferowanych części cenę brutto (za wykonanie całego zamówienia) w złotych polskich oraz obowiązującą stawkę podatku VAT w procentach. Podał również, że w cenie ofertowej należy uwzględnić podatek VAT oraz wszystkie wymagania określone w specyfikacji i załącznikach, np. koszty transportu i inne. Cena brutto podana w ofercie (załącznik nr 1 do siwz) winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk. W cenie winny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty celne, ubezpieczenia, opłaty transportowe itp.

W formularzu oferty (załącznik nr 1) zamawiający wymagał podania ceny brutto liczbowo i słownie oraz wysokości podatku VAT. W załączniku nr 7 wymagał podania cen jednostkowych brutto za poszczególne prace oraz ceny wykonanie szacunkowej ilości prac.

Z postanowień projektu umowy wynika, że wykonawca za wykonanie zleconych prac otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w określonej w umowie kwocie brutto, a wynagrodzenie będzie przekazywane co miesiąc w wysokości 1/36 wynagrodzenia.

Z treści formularza oferty odwołującego wynika, że zaoferował realizację zamówienia dla:

- części 4 - za cenę brutto 2 517 920 zł, uwzględniając w tym podatek VAT w wysokości 7 i 22 %
- części 5 - za cenę brutto 2 796 550 zł, uwzględniając w tym podatek VAT w wysokości 7 i 22 %.

W załączniku nr 7 odwołujący podał ceny jednostkowe brutto oraz ceny wykonania szacunkowej ilości prac dla poszczególnych rodzajów prac, objętych zamówieniem.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno – prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania a odwołujący legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła jako dowody w sprawie: specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę odwołującego, kosztorysy ofertowe przekazane zamawiającemu w dniu 30 grudnia 2009 roku na okoliczność wykazania, iż ceny jednostkowe, składające się na ogólną cenę oferty zostały skalkulowane z uwzględnieniem prawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 7%.

Bezspornym między stronami jest, że obowiązującą i właściwą stawką podatku VAT za usługi ręcznego oczyszczania miasta jest stawka 7%.

Zdaniem Izby, zarówno z treści formularza oferty jak również załącznika nr 7, gdzie podano ceny jednostkowe za poszczególne rodzaje prac nie sposób wywieść twierdzenia, że odwołujący zastosował do obliczenia ceny oferty błędną stawkę podatku VAT w wysokości 22 %. Wskazane formularze mają charakter ogólny, nie podają cen netto oraz wysokości stawki podatku VAT dla poszczególnych prac, nie wiadomo zatem jakich usług dotyczy wskazana w formularzu oferty stawka 22%. W ocenie Izby, analiza treści złożonych wraz z ofertą formularzy cenowych nie może prowadzić do jednoznacznego stwierdzenia, że cena brutto oferty została skalkulowana przy zastosowaniu błędnej stawki 22 % VAT. Stąd decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego winna być, w tych okolicznościach faktycznych sporu, poprzedzona procedurą wynikającą z treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadne w tym zakresie wyjaśniania odwołującego, złożone w piśmie z dnia 3 grudnia 2009 roku, że podana w formularzu ofertowym stawka 22 % VAT dotyczy rozliczeń pomiędzy odwołującym a podmiotem trzecim, który będzie świadczył usługi transportu, które wchodzi w zakres objęty przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby z postanowień siwz część VIII pkt 2 można wysnuć wniosek, że w formularzu oferty należało podać wszystkie stawki podatku VAT, stanowiące koszt realizacji całości prac objętych przedmiotem zamówienia, w tym również koszty transportu. Zamawiający wskazał bowiem, że cena winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie oraz zysk, a w cenie należało uwzględnić podatek VAT oraz wszystkie wymagania określone w siwz np. koszty transportu.

Niewątpliwie, usługi transportu świadczone za pomocą podmiotu trzeciego w rozliczeniach między odwołującym a wykonawcą tych usług są objęte 22 % stawką podatku VAT a zgodnie z wymaganiami zamawiającego, winny być wliczone w cenę usługi ręcznego oczyszczania miasta. Zatem podanie w formularzu oferty stawki podatku 22 % dotyczącej wyłącznie rozliczeń między odwołującym a podmiotem realizującym usługi transportu, które niewątpliwie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia i winny być uwzględnione w cenie oferty, nie jest błędem w obliczeniu ceny oferty. Z przebiegu rozprawy wynika, że odwołujący nie pozostaje w błędzie co do obowiązującej w rozliczeniach z zamawiającym 7 % stawki podatku VAT. Stanowisko odwołującego zostało potwierdzone w przedłożonych przez niego kosztorysach, z których wynika jednoznacznie, że ceny jednostkowe, składające się na całkowitą cenę oferty zostały skalkulowane z uwzględnieniem prawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 7%. Zatem nie zachodzi obawa, że przy rozliczeniu umowy na wystawianych fakturach odwołujący poda 22 % stawkę podatku VAT za usługi świadczone na rzecz zamawiającego, polegające na ręcznym oczyszczaniu miasta.

Ceny oferty odwołującego została skalkulowana w sposób zgodny zarówno z postanowieniami siwz jak również powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a okoliczność podania dodatkowo w formularzu oferty stawki VAT obowiązującej za usługi świadczone przez podmiot trzeci nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutów dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego, że zarzuty te są spóźnione na tym etapie postępowania. Treści siwz była znana odwołującemu od dnia opublikowania siwz na stronie internetowej przed złożeniem ofert i dochowując należytej staranności winien on, nie zgadzając się z jej postanowieniami, wnieść protest w terminie ustawowym, czego nie uczynił.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że wskazane przez odwołującego wady postanowień siwz nie są wadami postępowania, które miałyby wpływ na jego wynik i skutkowałyby koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Izba uznała, zarzuty naruszenia przepisów art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 7 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp za zasadne i mające wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert w częściach 4 i 5 zamówienia.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1 a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego odwołującego w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....