

Sygn. akt: KIO/UZP 792/08

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Grzegorz Mazurek**

Członkowie: **Lubomira Matczuk-Mazuś**
 Izabela Niedziałek

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Izba Celna w Olsztynie, 10-413 Olsztyn, ul. Dworcowa 1** protestu z dnia 17 lipca 2008r.

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność unieważniania postępowania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Izbę Celną w Olsztynie, 10-413 Olsztyn, ul. Dworcowa 1

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 **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Izbę Celną w Olsztynie, 10-413 Olsztyn, ul. Dworcowa 1** na rzecz **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6.**

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

Zamawiający – Izba Celną w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację placu odpraw Oddziału Celnego w Olsztynie przy ul. Składowej 5 – realizacja częściowa”.

W dniu 10.07.2008r. Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu 10 (dziesięciu) wykonawców z postępowania oraz odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Ponadto unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Wśród wykluczonych wykonawców i odrzuconych ofert znajdowała się oferta Comtrans Sp. z o.o.

Odnosnie przesłanek odrzucenia oferty Comtrans Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazano na niezgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarami w poz. 12d.3 i 13d.3 Odnosnie odrzucenia oferty Comtrans Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazano na to, że w formularzu ofertowym błędnie wyliczono kwotę podatku VAT - wpisano 971 530, 44 zł, a powinno być 971 530, 43 zł.

Odnosnie wykluczenia Comtrans Sp. z o.o. wskazano na to, że uprawnienia Adama K. i Stanisława D. są ograniczone w stosunku do wymagań Zamawiającego. Wskazano na

brak wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na to, że oferta jego podlegała odrzuceniu.

W dniu 17.07.2008r. Comtrans Sp. z o.o. – zwany dalej Protestującym lub Odwołującym – wniósł protest do Zamawiającego. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3, art. 88, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W argumentacji wskazano na bezzasadność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oferta Protestującego nie powinna podlegać odrzuceniu. Jednocześnie wskazano, że odrzucenie pozostałych ofert było zasadne.

Wskazano, że w pozycji 12d.3 kosztorysu ofertowego zawarto prawidłową podstawę wyceny, prawidłowy opis robót oraz prawidłowy obmiar – zgodnie z treścią wskazanej pozycji przedmiaru robót załączonego do SIWZ. W ocenie Protestującego Zamawiający był w stanie zidentyfikować w sposób jednoznaczny stosowane materiały, w wyniku czego nie zachodziła okoliczność braku zgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem.

Odnosnie pozycji 13d.3 podkreślono, że brak uwzględnienia w sposobie obliczenia ceny jednostkowej „krotności 18” i „zastosowania betonu B15” również nie stanowi niezgodności z SIWZ. Wskazano, że w szczegółowym kosztorysie ofertowym w poz. 13d.3 uwzględniono w obliczeniach wymaganą „krotność 18” i uwzględniono w materiałach beton B15. Ten fakt potwierdzony jest szczegółowymi obliczeniami nakładów rzeczowych wraz z ich opisem, gdzie w ciągu arytmetycznym używany był mnożnik 18 odpowiadający wymaganej krotności. Podkreślono, że Zamawiający był w stanie w sposób jednoznaczny zidentyfikować metodę obliczenia wskazanej pozycji kosztorysowej oraz zastosowanie wymaganej krotności.

Odnosnie błędu w obliczeniu ceny oferty wskazano, że różnica podatku VAT w wysokości 0,01 zł jest skutkiem prawidłowego obliczenia kwot pośrednich podatku VAT dla poszczególnych kosztorysów ofertowych opracowanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jak również przedstawienia kwoty podatku VAT oraz cen z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cena oferty to suma kosztorysów ofertowych uwzględniających podatki, w tym podatek VAT. Protestujący przedstawił tabelę wskazującą na działania matematyczne, które niezależnie od wykonawcy powodują różnicę w przedstawieniu ceny końcowej. Podkreślono, że obliczenie ceny nastąpiło zgodnie z obowiązującymi przepisami, wymaganiami w SIWZ i obowiązkiem przedstawienia cen z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Różnica w wysokości 0,01 zł nie miała wpływu na obliczenie ceny oferty i nie wynika z błędu jej obliczenia. Protestujący wskazał również, że Zamawiającemu przysługuje prawo skorzystania z art. 88 ustawy Pzp w sprawie ustalenia prawidłowej wartości tego

podatku, gdyż w ocenie Protestującego przepis ten wskazuje na możliwość poprawienia przez Zamawiającego każdej omyłki rachunkowej – w szczególności wartości podatku VAT przy zastosowaniu w ofercie prawidłowej jego stawki.

Protestujący wskazał, że w przypadku nie odrzucenia jego oferty Zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczących doświadczenia i uprawnień Adama Krzemińskiego i Krzysztofa Dąbrowskiego.

Na koniec zażądano unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, podjęcia wobec Protestującego czynności określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 23.07.2008r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu. W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uwzględnił protest, natomiast w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 88, art. 87 ust. 1, i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych protest oddalono.

W argumentacji wskazano na to, że Zamawiający nie może i nie ma prawa poprawienia błędnego obliczenia ceny brutto w ofercie Protestującego, pomimo że różnica wynosi 1 grosz, ale mimo wszystko jest to błąd. Wskazano na nieprawidłową interpretację art. 88 ustawy prezentowaną przez Protestującego i odniesiono się do treści tego przepisu podkreślając, że żadna z dyspozycji zawartych w poszczególnych częściach tego przepisu nie ma zastosowania do zaistniałej sytuacji. Przedstawiono analizę okoliczności, które zaszły w postępowaniu i wskazano na orzeczenia ZA potwierdzające stanowisko Zamawiającego. Odnośnie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp wskazano na to, że w przepisie tym statuowane jest prawo a nie obowiązek Zamawiającego. W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający podkreślił, że żądanie uzupełnienia dokumentów jest aktualne w momencie gdy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu albo postępowanie nie będzie unieważnione. Wskazano również, że Protestujący wskazuje w istocie na to, że SIWZ zawiera błędy w tym zakresie, co jest na tym etapie postępowania niedopuszczalne. Ponadto podniesiono, że oferta WPB ROMBUD Sp. z o.o. oraz oferta Składu Budowlany EKO – HURT zostały odrzucone z takiej samej podstawy, a Protestujący w treści protestu oświadczył, że podziela stanowisko Zamawiającego w zakresie podjętych czynności wobec pozostałych wykonawców.

W dniu 28.07.2008r. Comtrans Sp. z o.o. złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 26 ust. 3, art. 88 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zażądał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, nakazania Zamawiającemu podjęcia wobec

Odwołującego czynności określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach określonych przepisami Pzp.

W argumentacji wskazał na to, że różnica podatku VAT nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, a jest ona skutkiem obliczenia kwot pośrednich podatku VAT dla poszczególnych kosztorysów ofertowych opracowanych zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz przedstawienia kwoty podatku VAT oraz cen z dokładnością dwóch miejsc po przecinku. Stosowanie się do instrukcji Zamawiającego w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty nie może stanowić błędu rachunkowego, a występująca różnica została spowodowana obowiązkiem zaokrąglenia poszczególnych cen do dwóch miejsc po przecinku. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien żądać wyjaśnień dotyczących treści oferty, suma cen stanowiąca wartość oferty została obliczona prawidłowo, przedstawiona w ofercie stawka VAT była zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, a wynikające z poszczególnych kosztorysów wartości netto, a suma podatku VAT obejmująca poszczególne kosztorysy oraz suma wartości brutto z uwzględnieniem podatku VAT były obliczone prawidłowo. Podkreślono, że w przypadku przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowego ustalona cena ofertowa jest ceną wyłącznie orientacyjną służącą do wyłonienia wykonawcy.

Wskazano ponadto, że przedstawione przez Odwołującego w ofercie osoby posiadają niezbędne uprawnienia do prowadzenia robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła uwzględnić odwołanie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – z powodu omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, których nie można było poprawić na podstawie art. 88 lub błędów w obliczeniu ceny – należało stwierdzić, że jest on uzasadniony.

Kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy miało sprawdzenie sposobu obliczenia ceny oferty przez Odwołującego i jego zgodność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Z brzmienia cz. XII SIWZ określającego sposób obliczenia ceny oferty wynikało, że oferowaną cenę na całość robót – bez podatku i z podatkiem VAT, netto, brutto należało ustalić drogą sporządzenia kosztorysu ofertowego – szczegółowego opracowanego w oparciu o załączone przedmiary, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz dokumentację projektową. Ponadto wskazano, że ceny jednostkowe wymienione w kosztorysie oraz ceny wskaźniki cenotwórcze będą stanowić podstawę kalkulacji robót

nieprzewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia i opisach robót w przedmiarach robót i/lub w kosztorysie ofertowym bez względu na to, czy ceny jednostkowe robót w ofercie odpowiadały poziomowi cen w okresie ich wykonywania. Wynagrodzeniem za wykonanie zamówienia było wynagrodzenie kosztorysowe określone na podstawie kosztorysu ofertowego, który jest załącznikiem do umowy.

Wynika z tego jednoznacznie, że dla Zamawiającego podstawowe znaczenie miały wartości wynikające z kosztorysów i ich prawidłowe wyliczenie miało kluczowe znaczenie. Odwołujący w swojej ofercie w poszczególnych kosztorysach zawarł wartości wymagane przez Zamawiającego, tj. – wartość kosztorysową bez podatku VAT, podatek VAT i ogółem wartość kosztorysową. Podatek VAT dla kosztorysu branży drogowej wynosił 579191,12 zł, roboty budowlane – śmietnik – 7695,43 zł, budowy sieci wodociągowej, sieci kanalizacji sanitarnej, sieci kanalizacji deszczowej – 138374,06 zł, instalacje elektryczne – garaże – 2168,15 zł, instalacje elektryczne – oświetlenie terenu i linie kablowe – 25165,03 zł, roboty budowlane – ogrodzenie – 92453,45 zł, wyposażenie garaży – 100,98 zł, garaże – roboty budowlane – 126382,22 zł. Odwołujący prawidłowo zsumował te wartości – z czego wynikła wartość 971530,44 zł. Ta wartość brutto znalazła się w formularzu ofertowym. Odwołujący również prawidłowo zsumował wartości netto wynikające z kosztorysów i wstawił je do formularza ofertowego. Tego rodzaju działanie wykonał również w stosunku do wartości brutto. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący zastosował się do wytycznych zawartych w SIWZ.

Działanie Zamawiającego polegające na przemnożeniu kwoty netto przez liczbę 0,22 i wykazanie wartości różniącej się jednym groszem od wartości wynikającej z sumowania podatków VAT wynikających z kosztorysów, nie powinno być podstawą do stwierdzenia wystąpienia błędów w ofercie. Wartości wykazane w formularzu ofertowym są prawidłowymi wartościami wynikającymi z kosztorysów ofertowych, a działania Odwołującego są zgodne z wytycznymi zawartymi w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że różnica wartości 971530,44 zł wynikającej z sumowania podatku VAT z kosztorysów oraz wartości 971530,43 zł wynikającej z przemnożenia wartości netto – 4416047,41 zł przez 0,22, nie jest omyłką rachunkową w obliczeniu ceny ani błędem w obliczeniu ceny, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż nie można zarzucić składającemu ofertę błędu bądź omyłki. Wręcz przeciwnie – oferta została sporządzona zgodnie z brzmieniem części XII SIWZ.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w przypadku wątpliwości co do Krzysztofa D. i Adama K. – należy wskazać, że w konsekwencji uwzględnienia poprzedniego zarzutu Zamawiający powinien dokonać

czynności związanych z wyjaśnieniem kwestii zakresu uprawnień ww. osób lub ewentualnie wezwać do uzupełnienia dokumentów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*