

Sygn. akt: KIO 1673/11

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2011 r. przez **Odwołującego** - GRUPA 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź,

przy udziale **Wykonawcy** - Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - GRUPA 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź, na rzecz **Odwołującego** - GRUPA 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „A. Przebudowa pomieszczeń części budynku Regionalnego Ośrodka Onkologicznego (ROO), określonego jako „Nowa Onkologia”, „Stara Onkologia”; B. Wyposażenie Pododdziału Chemioterapii Jednego Dnia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE/ Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 kwietnia 2011 r., poz. 2011/S 72-117544 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 5 sierpnia 2011 r. Grupa 3J S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość odrzucenia własnej oferty, na następujących podstawach:

- w kosztorysach ofertowych załączonych do oferty nie uwzględniono części robót, ponieważ pominięto niektóre pozycje kosztorysowe, co zdaniem Zamawiającego stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych,
- wykonawca określił cenę ofertową w rozbiciu na elementy robót objęte stawką VAT w wysokości 23 % i 8 %, co zdaniem Zamawiającego stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy nie wystąpiły okoliczności w nim określone;
- b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy nie wystąpiły okoliczności w nim określone;
- c) zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt.5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 sierpnia 2011 r. wnosił o oddalenie odwołania jako bezprzedmiotowego, ponieważ uchylił czynność polegającą na wyborze oferty i zamierzał powtórzyć badanie i ocenę ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

W związku z treścią odpowiedzi na odwołanie, Izba powzięła wątpliwość, czy nie jest ona w istocie uwzględnieniem odwołania w całości – skoro wynikało z niej, że Zamawiający uchylił dotychczasową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (w związku z błędem stwierdzonym w ocenie innej oferty, niż oferta Odwołującego) i zamierzał ją powtórzyć. Jednak na pytanie zadane Zamawiającemu w trakcie posiedzenia, oświadczył on stanowczo, że jego zamiarem nie było uwzględnienie odwołania, bowiem trwają prace komisji przetargowej, oceniającej oferty i na tym etapie nie jest w stanie przewidzieć, jaki będzie efekt końcowy tych prac w stosunku do oferty Odwołującego. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający co prawda uchylił czynność, w związku z którą wniesiono odwołanie, ale z żadnej jego dalszej czynności nie wynikało, że zmienił, bądź może zmieni, decyzję odnośnie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty Odwołującego; ponieważ oferta Odwołującego – jeżeli okazałoby się, że wskazano nieprawidłowe podstawy jej odrzucenia – przy powtórnej ocenie ofert mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, rozpatrzenie odwołania ma wpływ na wynik postępowania,

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, to w wyniku powtórnej oceny ofert oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, ponieważ oferowała cenę pierwszą w rankingu ofert.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, Izba ustaliła, co następuje:

1. Bezsporne było, że wynagrodzenie za przedmiot umowy przewidziano jako ryczałtowe. Zamawiający w SIWZ m.in. wskazał, iż obejmuje ono wszelkie prace, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, nawet nie ujęte w przedmiarach robót (sam Zamawiający powoływał się na postanowienie cz. IV pkt 4, strona 9 SIWZ na rozprawie).
2. Zamawiający udzielał w odpowiedziach na pytania wykonawców do treści SIWZ wielu szczegółowych wskazówek, jak należy opracować kosztorysy. Jednocześnie na pytanie nr 35 „Czy kosztorysy będą podstawą odrzucenia oferty?”, w dniu 17 maja 2011 r. odpowiedział, iż „kosztorysy dołączone do oferty mają charakter informacyjny i nie są podstawą do jej odrzucenia”.
3. Odwołujący w kosztorysie załączonym do oferty pominął pozycje kosztorysowe dotyczące wyceny robót na jednym z pięter (dział robót na niskim parterze). Twierdził, że koszt wykonania tychże prac ujął w innych pozycjach kosztorysowych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, i nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro Zamawiający wyraźnie przewidział, iż kosztorysy nie będą podstawą odrzucenia oferty, nie może na etapie oceny ofert postępować wbrew swoim wcześniejszym zapowiedziom. Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej Zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie zmodyfikował – przeciwnie, podkreślił ją, stosując postanowienia typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego. Skoro przy tak ustalonym typie wynagrodzenia wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty, składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, nawet wówczas, jeżeli nie wynikały by z przedmiarów robót, to oznacza to, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę. W rezultacie, choćby wykonawca nie ujął w cenie wszystkich kosztów, i tak zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z dokumentacją projektową. Zamawiający zresztą wyraźnie zapowiedział, że kosztorysy nie będą podstawą odrzucenia oferty i mają charakter informacyjny. W konsekwencji Izba uznała, że nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych, na tej podstawie, iż Odwołujący określił cenę ofertową w rozbiciu na elementy robót objęte stawką VAT w wysokości 23 % i 8 %, Izba ustaliła, co następuje:

1. Elementem przedmiotu zamówienia była dostawa wyrobów medycznych (m.in. łożka szpitalne, parawan przejezdny, stojak na kroplówkę), dla których Odwołujący przyjął jako właściwą stawkę podatku VAT 8%, na pozostały przedmiot zamówienia przyjął 23 %.

2. Zamawiający na pytanie nr 1 : „Czy zamawiający dopuści zastosowanie podatku VAT 8 % w ofercie na instalację gazów medycznych i pozwoli na określenie ceny ofertowej w rozbiu na elementy robót objęte stawką 23 % i 8 %?“, w dniu 26 maja 2011 r. wskazał, iż: „Zamawiający nie dopuszcza zastosowania podatku VAT 8 % w ofercie na instalację gazów medycznych i nie pozwala na określenie ceny ofertowej w rozbiu na elementy robót objęte stawką 23 % i 8 %. Zamawiający wymaga, aby przyjąć jedną stawkę właściwą dla robót budowlano - instalacyjnych - 23 %”.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że nie zaistniała podstawa odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych w związku z podaniem 8% stawki VAT dla wyrobów medycznych.

Wydaje się, że Zamawiający ma prawo określić w SIWZ stawkę VAT, wyłącznie dla porównania ofert, właściwą do obliczenia ceny oferty. Niewykluczone, że to właśnie usiłował uczynić Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 1, powyżej zacytowane. Ale odpowiedź Zamawiającego co do konieczności podania stawki VAT w wysokości 23 % odnosiła się wyłącznie do robót budowlano-instalacyjnych, wyłączała możliwość zastosowania stawki VAT 8% w odniesieniu do instalacji gazów medycznych.

Izba zauważa zresztą, że można kwestionować obowiązek zastosowania jednolitej stawki podatku VAT w odniesieniu do przedmiotu zamówienia (jeżeli to właśnie miałyby być zamiarem Zamawiającego), polegającego na robotach budowlano-instalacyjnych, jeżeli elementem przedmiotu zamówienia ma być dostawa wyrobów medycznych (łóżek, parawanów, stojaków). „Dostawa tego rodzaju „*ma bowiem charakter samoistny i może występować niezależnie oraz nie stanowi części generalnej usługi budowlanej - wprost ją poprzedza i może być wykonana przez dowolny, inny podmiot.*” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu, sygn. I SA/Po 315/10).

Zamawiający nie twierdził, ani na rozprawie, ani wcześniej, że podanie stawki VAT dla wyrobów medycznych w wysokości 8% było nieprawidłowe. Nie była w ogóle przedmiotem sporu okoliczność, że dla wyrobów medycznych stawka podatku VAT wynosi 8%.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że obliczenie przez Odwołującego ceny oferty przy zastosowaniu stawki podatku VAT dla wyrobów medycznych nie stanowiło błędu, w kontekście postanowień SIWZ (odpowiedzi na pytanie nr 1), w obliczeniu ceny, mogącego być podstawą odrzucenia oferty w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych, a naruszenie to może mieć wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....