

Sygn. akt: KIO/UZP 928/08

WYROK
z dnia 18 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~Aw-dniach~~* 18 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Karol Wiśniewski Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD i VECTRA S.A., 09-402 Płock, ul. Królewiecka 14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Rewitalizacji Starówki ARS Sp. z o.o., 09-400 Płock, ul. Stary Rynek 19** protestu ~~protestów~~* z dnia 13 sierpnia 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Karol Wiśniewski Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD i VECTRA S.A., 09-402 Płock, ul. Królewiecka 14

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 uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Karol Wiśniewski Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD i VECTRA S.A., 09-402 Płock, ul. Królewiecka 14,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 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 **Konsorcjum firm: Karol Wiśniewski Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD i VECTRA S.A., 09-402 Płock, ul. Królewiecka 14.**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu z dnia 13 sierpnia 2008 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm Karol Wiśniewski Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD w Płocku i VECTRA S.A. w Płocku zwane dalej Konsorcjum lub Odwołującym uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę budynku mieszkalno-usługowego wraz ze zmianą sposobu użytkowania pierwszego piętra kamienicy z funkcji mieszkalnej na funkcję usługową (biurowa, gastronomiczna, handlowa), z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, gazową, wodociągową, kanalizacyjną, centralnego ogrzewania, rozbiórką oficyn i budynków gospodarczych oraz zagospodarowaniem terenu – zlokalizowanego w Płocku przy ul. Grodzkiej 9, na działce o numerze ewidencyjnym gruntu 739/1, na obszarze ochrony konserwatorskiej zespołu urbanistyczno-architektonicznego i warstw kulturowych miasta Płocka, wpisanego do rejestru zabytków pod nr 51/182/59 w dniu 16 listopada 1959 r. prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawiając zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie odrzucił Jego ofertę.

Kwestionując stanowisko Zamawiającego Odwołujący wskazał, że w złożonej przez Konsorcjum ofercie popełniono błąd w obliczeniu ceny niemożliwy do konwalidacji w trybie przepisów ustawy, Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 2 rozdziału XII wykonawca był zobowiązany do podania ceny ryczałtowej wraz podatkiem VAT za wykonanie robót objętych zamówieniem. Odwołujący powołał treść przepisu art. 88 pkt 3 a ustawy Pzp, zgodnie z którym przyjmuje się za prawidłowo podaną cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczania. Powołał nadto art. 3 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, zgodnie z którym przez pojęcie ceny należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług (...). Odwołujący wskazuje, że z postanowień SIWZ i treści wzoru umowy załączonej do SIWZ wynika jednoznacznie, iż wynagrodzenie (cena) za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Na potwierdzenie tej okoliczności wskazał też na treść § 11 pkt 1 wzoru umowy.

Stwierdza jednoznacznie, że nie popełnił omyłki w cenie. Cena w postępowaniu jest cena ryczałtową. Powołuje się na art. 88 ust. 1 Ustawy i wskazuje, że zaoferował cenę ryczałtową zgodnie z wymogami SIWZ. W specyfikacji nie było zapisów wskazujących na wymóg podania wysokości podatku VAT dla poszczególnych elementów robót, w związku z tym w ofercie nie złożono takich danych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający po terminie składania ofert zażądał pismem z dnia 5 sierpnia 2008 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, uzupełnienia dokumentów, w tym m.in. wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust 4. Ustawy, jakie stawki podatku VAT były ustalone przy podaniu całkowitej ceny. W odpowiedzi na to pismo Odwołujący pismem z dnia 7 sierpnia 2008 r. złożył wyjaśnienia w zakresie wysokości stawki podatku VAT z rozbiem na poszczególne elementy. W wyjaśnieniu tym wskazano w kilku pozycjach błędną stawkę podatku VAT. Nie zmienia to faktu, że cena oferty została określona prawidłowo. Potwierdza ponownie, że cena w postępowaniu jest ceną ryczałtową.

Odwołujący wskazał również, że skutki ewentualnego nieprawidłowego ustalenia stawki podatku VAT obciążają go w rozliczeniach z organem podatkowym. Ponadto wskazał, że cena jego oferty jest najniższa.

Podtrzymując powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania oraz dokonanie czynności powtórnego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, którą jest oferta Odwołującego .

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów stwierdził, że są one nieuzasadnione. Zamawiający stwierdził, że jako podmiot gospodarczy prowadzący pełną księgowość, ma obowiązek prawidłowego rozliczania podatku od towarów i usług.

Zamawiający podtrzymał argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu.

Zamawiający nie zakwestionował okoliczności, że cena w postępowaniu jest ceną ryczałtową, natomiast stwierdził, że nie ma podstaw do zastosowania art. 88 ust. 1 Ustawy, gdyż popełniony błąd nie jest możliwy do poprawienia. Stwierdził, że w tym zakresie orzecznictwo jest utrwalone. Wniósł o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w kwocie 3 600 zł według norm przepisanych.

Zamawiający wskazał dodatkowo treść strony pierwszej *Formularza cenowego* ze wskazanymi kwotami ceny oferty ryczałtowej brutto, wartości netto i kwoty podatku VAT. Oświadczył, że w toku oceny ofert stwierdził błąd w załączniku nr 5 - *Tabela rozliczeniowa elementów scalonych*. Ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wynikało, że zastosował stawki podatku VAT niezgodne z ustawą o podatku od towarów i usług w trzech pozycjach: 7,10,11 a po otrzymaniu wyjaśnień od Odwołującego dodatkowo błąd w kolejnej - 12 pozycji. Niezgodności te zostały ustalone przez księgową, która sporządziła na tę okoliczność informację o zastosowanych przez Odwołującego stawkach i stawkach właściwych.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron przedstawionymi na rozprawie ustaliła, co następuje.

Niesporne jest, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do postanowień SIWZ, w tym treści wzoru umowy, która ma być zawarta w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty, wynagrodzenie za wykonane roboty zostało określone jako wynagrodzenie ryczałtowe. Oznacza to, w świetle art. 632 § 1 kodeksu cywilnego, że „przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.”

Kluczowym zagadnieniem w rozpatrywanej sprawie jest rozstrzygnięcie, czy zaoferowanie ryczałtowej ceny ofertowej, w której, w wyniku analizy treści oferty, stwierdzono błędy w jej obliczeniu wynikające z zastosowania odmiennej od obowiązującej, stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do niektórych elementów robót, możliwe jest stwierdzonej omyłki rachunkowej w trybie art. 88 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza w tym miejscu, że wymagany dokument - tabela rozliczeniowych elementów scalonych, stanowi określoną przez specyfikację istotnych warunków zamówienia, część oferty. Nie jest zatem dokumentem lub oświadczeniem składanym na potwierdzenie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym stanowi art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Stąd też Zamawiający żądając od Odwołującego

wyjaśnień podał błędnie powyższą podstawę prawną. Mimo tego, w świetle treści art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp żądanie wyjaśnienia treści złożonej oferty, było uprawnione wobec ustalenia błędów rachunkowych w wyspecyfikowanych elementach robót. Błędy te, jak wynikało z uzasadnionej analizy Zamawiającego, spowodowane były zastosowaniem przez Wykonawcę, w co najmniej dwóch elementach, stawki obniżonej, zamiast stawki podstawowej, a w jednym elemencie, stawki obniżonej, zamiast zwolnienia z podatku VAT.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 88 ustawy Pzp niedopuszczalne jest poprawianie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w inny sposób, niż określony w tym przepisie, a w szczególności niedopuszczalne jest poprawianie omyłek związanych z obliczeniem podatku od towarów i usług lub sumowaniem kwoty podatku i ceny netto. Analogiczne stanowisko zajął SO w Koszalinie w orzeczeniu z 8.12.1995 sygn. akt VII Ca 881/05 i KIO w wyroku z dnia 31.03.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 223/08 i 231/08.

Należy ponadto wskazać, że również Odwołując przyznał, powołując się na przepis art. 88 ustawy, popełnienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. Poprawienie tej omyłki nie znajduje jednak podstaw prawnych w ustawie.

W konsekwencji skład orzekający KIO tym samym oddalił odwołanie uznając, że odmienny pogląd uprawniałby przy ofercie z ceną ryczałtową, do dowolnego określenia ceny bez możliwości jej zweryfikowania pod kątem spełnienia ustawowych warunków w zakresie powszechnie obowiązującego składnika cenotwórczego, jakim jest podatek od towarów i usług.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z jego wnioskiem z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych w tym postępowaniu, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., 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) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*