Sygn. akt KIO/UZP 1449/07

WYROK
z dnia 27 grudnia 2007r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Izabela Niedziałek**
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / ~~w dniach~~*.27.12.2007r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Elektrycznych P&P Sp. z o.o., Zamostne, ul. Wejhera 1, Orle** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b** protestu / ~~protestów~~* z dnia 15.11.2007r.

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Elektrycznych P&P Sp. z o.o., Zamostne, ul. Wejhera 1, Orle**

2) dokonać wpłaty kwoty 5156 zł 0 gr (słownie: pięć tysięcy sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Elektrycznych P&P Sp. z o.o., Zamostne, ul. Wejhera 1, Orle,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 16844 zł 0 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset złotych czterdzieści cztery grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Elektrycznych P&P Sp. z o.o., Zamostne, ul. Wejhera 1, Orle.**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia Zamawiającego w sprawie oddalenia protestu z dnia 15 listopada 2007r. Wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane polegające na remoncie i dobudowie budynku koszarowego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 i 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stwierdził, że dwaj wykonawcy składający oferty w postępowaniu złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, gdyż kalkulując cenę oferty, przyjęli stawkę podatku VAT od robót będących przedmiotem postępowania w wysokości 7%, podczas gdy stawka ta po 1 stycznia 2008r. wynosi 22%. Przyznając, że w dacie składania ofert stawka VAT wynosi 7%, wskazał że informacje te dotyczą również okresu, w którym takie twierdzenie będzie nieprawdziwe. Podniósł przy tym w konsekwencji zaistnienie nienaprawialnych błędów w obliczeniu ceny przez wykonawców,

co stanowi obrazę art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Błędnie skalkulowane ceny stały się jednocześnie cenami rażąco niskimi. Podniósł, że w świetle art. 144 ust. 1 i 2 ustawy przy znanej i przewidywalnej zmianie stawki VAT nie będzie możliwe dokonanie zmiany warunków umowy w tym zakresie. Wskazał, iż działanie wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503).

Ponadto Odwołujący wskazał, że treść oferty konkurencyjnej (Elektrobud-Grudziądz) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż ww. wykonawca nie wpisał w formularzu ofertowym stawki podatku VAT i kwoty tego podatku. Oferta ta nie zawierała również oświadczenia o akceptacji projektu umowy i zobowiązania jej zawarcia, w razie wyboru przez Zamawiającego. Podtrzymał również zarzut naruszenia przez Wykonawcę art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez brak udokumentowania co najmniej dwóch robót odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania dwóch wykonawców, a alternatywnie nakazania odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów stwierdził, że dokumenty złożone przez Elektrobud-Grudziądz Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały uzupełnione dnia 26 listopada 2007r., w trybie art. 26 ust 3 ustawy wskutek pisma z dnia 23 listopada 2006r. skierowanego do tego wykonawcy.

Odnosząc się do żądania wykluczenia z udziału wykonawców, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji co do obowiązującej stawki podatku VAT wskazał, że jeżeli w dacie składania oferty deklarowana stawka VAT jest prawdziwa, to brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie powołanego przepisu. Podniósł przy tym, że jeżeli w okresie obowiązywania umowy dochodzi do zmiany okoliczności mających wpływ na cenę (np. stawki podatku VAT), to strony mogą przewidzieć w umowie zmianę wynagrodzenia. Podniósł również, że zarzuty braku w ofercie są nieuzasadnione, gdyż druk kwestionowanej oferty mimo różnicy w stosunku do formularza ofertowego, zawiera wszystkie dane wymagane przez Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, a w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wnioskami wykonawców oraz wysłuchaniu stron działających przez pełnomocników ustalił i zważył, co następuje.

Niesporne jest, że dwóch wykonawców dokonując kalkulacji ceny oferty zastosowali stawkę podatku od towarów i usług (VAT) w wysokości 7%, tj. na poziomie obowiązującym w dacie składania oferty. Tym samym, wobec braku wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych zasad kalkulowania ceny przy jednoczesnym uznaniu, że wykonawcy dokonali takiej kalkulacji zgodnie z obowiązującymi ich przepisami, brak jest podstaw do uznania, iż podali nieprawdziwe informacje w ofercie i na tej podstawie mieliby ulec wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uwzględniono okoliczności o odmiennej wielkości stawki podatku od towarów i usług obowiązującej w dacie składania ofert w stosunku do stawki mającej obowiązywać w okresie wykonywania umowy w sferze zarówno rzeczowej, jak i finansowej. Oferty złożone w niniejszym postępowaniu, w zakresie kalkulacji ceny i mających na nią wpływ czynników cenotwórczych, zostały przygotowane na różnych podstawach, co spowodowało, że są nieporównywalne mimo założonego w specyfikacji tylko jednego kryterium wyboru, tj. ceny. Oznacza to, że mimo braku podstaw do wykluczenia wykonawców, którzy złożyli oferty z niższą stawką podatku od towarów i usług, postępowanie nie może doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty bez naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców unormowanej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp. Należy przy tym wskazać, że Zamawiający zawarł w formularzu oferty klauzulę dotyczącą zawarcia umowy na warunkach załączonych do SIWZ, a w warunkach tych ujęto w § 5 zastrzeżenie, że nie przewiduje się waloryzacji wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy. Powyższe pozostaje w sprzeczności z późniejszą deklaracją o dopuszczalności waloryzacji w drodze renegocjacji w razie urzędowej zmiany stawek podatkowych, zawartą w rozstrzygnięciu protestu jak i w toku rozprawy.

Należy nadto wskazać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonanie wyboru oferty może nastąpić po zakończeniu dokonanej oceny i badaniu ofert oraz sprawdzeniu, czy wykonawca spełnia warunki podmiotowe udziału w postępowaniu, w szczególności, czy nie podlega wykluczeniu z postępowania. Dominująca praktyka wynikająca również z systematyki przepisów ustawy wskazuje, że ocena spełniania przez wykonawców warunków podmiotowych jest oceną poprzedzającą badanie oferty. Jakkolwiek taka kolejność dokonywania ocen nie jest wprost unormowana przepisami prawa, skład orzekający Izby wskazuje, iż niewątpliwie chwila wyboru oferty i uzewnętrznienie tej decyzji poprzez zawiadomienie wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oznacza, że Zamawiający zakończył badanie ofert. Późniejsze dokonywanie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jest tym samym niedopuszczalne, chyba że następuje w wyniku uwzględnienia protestu, co uprawnia do ponownego dokonania

czynności w zakresie, w jakim protest został uwzględniony. W sprawie będącej przedmiotem postępowania sytuacja taka nie miała miejsca, co oznacza, że Zamawiający uchybił przepisom ustawy i stosowanym na mocy art. 14 ustawy – Prawo zamówień publicznych przepisom kodeksu cywilnego, zgodnie z którym złożone oświadczenie woli jest dla strony wiążące, a jego zmiana lub odwołanie może wynikać jedynie z przepisu ustawy. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający złożył bowiem oświadczenie o wyborze oferty, a następnie wezwał wybranego wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów, co w efekcie mogło prowadzić do wykluczenia wybranego wykonawcy.

Zważywszy na dokonane ustalenia w prowadzonym postępowaniu KIO uznała za konieczne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż stwierdzono, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 2000,00 zł.

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 **.....**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

_____

* *niepotrzebne skreślić*