

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Emil Kawa

Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Inżynierskich „SKAWEX” Wiesław Skawiński, 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48 i Władysława Bogusławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Nasiennie-Szkółkarskie „TAXUS” Władysław Bogusławski, 32-551 Mętków, ul. Poprzeczna 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207** protestu z dnia 25 marca 2010 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna, 41-947 Piekary Śląskie, ul. Konarskiego 1**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Inżynierskich „SKAWEX” Wiesław Skawiński, 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48 i Władysława Bogusławskiego prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Nasiennie-Szkółkarskie „TAXUS” Władysław Bogusławski, 32-551 Mętków, ul. Poprzeczna 17 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Inżynierskich „SKAWEX” Wiesław Skawiński, 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48 i Władysława Bogusławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Nasiennie-Szkółkarskie „TAXUS” Władysław Bogusławski, 32-551 Mętków, ul. Poprzeczna 17,**
- 2) 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Inżynierskich „SKAWEX” Wiesław Skawiński, 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48 i Władysława Bogusławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Nasiennie-Szkółkarskie „TAXUS” Władysław Bogusławski, 32-551 Mętków, ul. Poprzeczna 17.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Rekultywacja terenów zwałowiska odpadów pogórnich Marian-Wschód położonego w granicach administracyjnych miast Sosnowiec i Jaworzno (rekultywacja biologiczna)” (oznaczenie sprawy Zamawiającego: KWK/11/09).

17 marca 2010 r. Zamawiający zawiadomił konsorcjum, w skład którego wchodzi: Wiesław Skawiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Inżynierskich „SKAWEX” Wiesław Skawiński (lider), 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48 i Władysław Bogusławski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Nasiennie-Szkółkarskie „TAXUS” Władysław Bogusławski (konsorcjant), o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna z Piekar Śląskich, który wobec dokonanej czynności

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

wniósł odwołanie, poprzedzone protestem.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione przez Odwołującego w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 25 marca 2010 r. (pismem z 22 marca 2010 r.), odwołanie 9 kwietnia 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego – w tym samym dniu Zamawiający otrzymał kopię odwołania, z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* pzp.

Odwołujący, zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2, 3 i 4 pzp poprzez ich niezastosowanie i brak wykluczenia z postępowania niespełniającego warunków udziału w tym postępowaniu Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna z Piekar Śląskich z uwagi na złożenie przez tego Wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez błędne oświadczenie potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu i zapewniające oferowanie dostaw a także usług wymaganych przez Zamawiającego oraz brak wykluczenia tego Wykonawcy, który wskutek złożenia takich nieprawdziwych informacji, a także wprowadzenie w błąd Zamawiającego oraz wskutek braku wniesienia wadium spełniającego wymagania Zamawiającego nie wykazał tym samym spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp poprzez ich niezastosowanie i brak odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna z Piekar Śląskich z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: s.i.w.z.) oraz z uwagi na fakt, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny;
3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 pzp przez brak przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia – wskutek wskazanych wyżej naruszeń – w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna z Piekar Śląskich jako oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenia z postępowania niespełniającego warunków udziału w tym postępowaniu Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna z Piekar Śląskich i uznanie oferty tego Wykonawcy za odrzuconą, ewentualnie:
3. odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki,

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

Marzec spółka jawna z Piekar Śląskich;

4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a następnie podpisania z Odwołującym umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący podniósł następujące okoliczności.

W świetle posiadanych przez Zamawiającego informacji i przedłożonych przez Odwołującego dowodów w postępowaniu wykluczonym jest, aby Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna mogła dysponować sadzonkami 2-3 letnimi spełniającymi wymogi Zamawiającego. Wykonawca ten składając ofertę w niniejszym postępowaniu złożył zatem nieprawdziwe oświadczenie (str. 77 oferty), iż posiada materiał nasadzeniowy sosny pospolitej i modrzewia legitymujący się 2-3 letnim wiekiem z zakrytym systemem korzeniowym, który został wyprodukowany z nasion pochodzących z mikroregionu 655 i posiada etykietę oraz świadectwo nasiennicze z tego mikroregionu, zaś ilość tego materiału wynosi ok. 130 tysięcy sadzonek. Jak wynika bowiem jednoznacznie z pism uzyskanych przez Odwołującego, nie istnieją techniczne możliwości, które w ciągu kilku miesięcy, czyli zgodnie z wymaganiami Zamawiającego do dnia 31 grudnia 2010 r., pozwoliłyby uzyskać 2-3 letnie sadzonki z zakrytym systemem korzeniowym z regionu 655, a obecnie, poza Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasów Państwowych Nadleśnictwem Rudy Raciborskiej „Leśna Szkołka Kontenerowa w Nędzy” (z którą to Odwołujący zawarł umowę) brak jest podmiotu – poza Odwołującym, który posiadałby opisaną ilość sadzonek sosny, we wskazanym w s.i.w.z. wieku i o wymaganych parametrach. Tym samym jeśli Wykonawca, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą, nie dysponuje obecnie materiałem nasadzeniowym, to nie będzie go posiadał również na dzień podpisania umowy, ani do dnia 31 grudnia 2010 r., z przedłożonych przez Odwołującego pism wynika bowiem, iż wykluczonym jest, aby jakkolwiek inny podmiot był w stanie zgromadzić – nawet do końca 2010 r. – tak dużą ilość sadzonek sosny pospolitej, skoro sadzonki te mają legitymować się 2-3 letnim wiekiem z zakrytym systemem korzeniowym i wyróżniać posiadaniem świadectwa nasienniczego z mikroregionu 655. Ewentualnie zawarta z takim Wykonawcą umowa, wskutek wadliwego (błédnego) oświadczenia, a tym samym wprowadzenia Zamawiającego w błąd, byłaby więc umową o świadczenie niemożliwe i jako taka, na mocy art. 387 § 1 k.c. pozostawałaby nieważna. Zamawiający, pomimo zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w żaden sposób wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń tego Wykonawcy nie zweryfikował, nie zażądał na przykład od oferentów przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie materiału nasadzeniowego zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, ani nie przeprowadził wizji lokalnej, co wobec podniesionych przez Odwołującego zarzutów zobowiązany był w interesie publicznym uczynić.

Niezależnie od powyższego zdaniem Odwołującego, w postępowaniu w sposób wystarczający zostało udowodnione, że oświadczenia Wykonawcy, którego oferta została wybrana

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

za najkorzystniejszą, nie polegają na prawdzie. Tymczasem, jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, (LexPolonica nr 2099828), obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, z przyczyn określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, podlega zaktualizowaniu na każdym etapie postępowania, gdy Zamawiający poweźmie sprawdzoną lub przyznaną wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji. Zamawiający mógł z łatwością, działając w interesie publicznym, potwierdzić prawidłowość podniesionych i udowodnionych przez Odwołującego zarzutów wskazanych powyżej, stosując chociażby wskazane poniżej przepisy prawa umożliwiające Zamawiającemu uzyskanie stosownych informacji: ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o leśnym materiale rozmnożeniowym (Dz.U. z 2001 r. Nr 73, poz. 761), rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 23 kwietnia 2004 r. w sprawie sposobu prowadzenia przez dostawców dokumentacji w zakresie obrotu leśnym materiałem rozmnożeniowym (Dz.U. z 2004 r. Nr 94, poz. 929), rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 marca 2004 r. w sprawie wykazu, obszarów i mapy regionów pochodzenia leśnego materiału podstawowego (Dz.U. z 2006 r. Nr 201, poz. 1481), a zwłaszcza na podstawie Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 23 kwietnia 2004 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakie powinien spełniać leśny materiał podstawowy (Dz.U. z 2005 r. Nr 144, poz. 1212, z późn. zm.)

Wykonawca – Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna złożył zatem nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez błędne oświadczenie potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu i zapewniające oferowanie dostaw, a także usług wymaganych przez Zamawiającego i w skutek złożenia takich nieprawdziwych informacji, a także wprowadzenia w błąd Zamawiającego, Wykonawca ten nie wykazał tym samym spełniania warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z punktem 3.7 S.I.W.Z. Wykonawca, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 19.04.2009 w sprawie wykorzystywania leśnego materiału rozmnożeniowego poza regionem pochodzenia (Dz.U. Nr 84, poz. 791) zapewni materiał nasadzeniowy w wymaganych ilościach i gatunkach posiadający świadectwo nasiennicze z mikroregionu 655, potwierdzone właściwym dokumentem oraz spełniający wymagania zawarte w normie BN-76/9212-02) i powinien zostać wykluczony z postępowania.

Błędem w obliczeniu ceny Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna, jest zastosowanie przez tego Wykonawcę, przy obliczaniu ceny, innej stawki podatku od towarów i usług, niż przewidziana przepisami prawa podatkowego. Odwołujący wskazuje, że, dla całego zadania i dla każdej pozycji z osobna winna zostać przyjęta jedna stawka podatku VAT w wysokości 22% według kodu podanego w s.i.w.z. dla terenów przemysłowych (CPV 90722100-5), natomiast w ofercie Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna (str. 62 i 63 oferty) przewidziana została zmienna stawka VAT: w wysokości 7% dla pozycji 1-6 i 22 % dla pozycji 7 i 8.

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

Odwołujący podnosi, że w niniejszym postępowaniu, przy obliczeniu ceny zachodzi konieczność zastosowania jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 22% (jako stawki dla usługi wiodącej) do obliczenia wartości przedmiotu zamówienia. Nieprawidłowa stawka podatku VAT przewidziana w ofercie tego Wykonawcy spowodowała nieuprawnione zaniżenie wartości brutto oferty Wykonawcy – Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna, a następnie doprowadziło do tego, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Powyższe winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Ustawy. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 marca 2009 r. KIO/UZP 282/09 (LexPolonica nr 2080133), błędne podanie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawie i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Tymczasem Zamawiający, mimo nawet przedłożonej przez Odwołującego opinii Doradcy Podatkowego, z której wynikało, że Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna zastosowało niewłaściwą stawkę VAT, jako podstawę obliczenia ceny, nie odrzucił oferty tego Wykonawcy. Ryzyko niezastosowania właściwej stawki VAT ciąży tymczasem wyłącznie na dostawcy towarów i usług (wykonawcy świadczenia). Skoro zatem Zamawiający podając wskazany, jednolity dla całego zamówienia, kod CPV, dla którego przyporządkowana jest w sposób jednoznaczny 22% stawka podatku VAT, a z kolei nie jest możliwe, aby dwa podmioty złożyły oferty, w których cena obliczona została przy uwzględnieniu różnych stawek podatku VAT i by każda z tych ofert była prawidłowa, to w świetle obowiązujących przepisów jedna z tych ofert powinna podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa, jest nieprawidłowa i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem przez obejście przepisów zaniża sztucznie cenę swojej oferty oraz wymusza wybór oferty, celem eliminacji z rynku innych uczestników obrotu gospodarczego. Z uwagi zatem na fakt, że przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert jest cena brutto, w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. 2001 r. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy pzp, istotnym jest rozstrzygnięcie, czy zastosowana stawka podatku VAT, która wchodzi w zakres ceny oferty i ma wpływ na jej wysokość jest stawką właściwą, zgodną z obowiązującymi przepisami prawa (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 marca 2009 r. KIO/UZP 282/09, LexPolonica nr 2080133). Brak zaś weryfikacji przez Zamawiającego zastosowanych do obliczenia zaoferowanych cen stawek VAT nie może prowadzić do „manipulacji” wysokością stosowanej stawki w celu obniżenia ceny oferty i choć faktem jest, że każdy podatnik ponosi odpowiedzialność za podjęte decyzje w tym przedmiocie, to w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert - zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. 2001r. Nr97 poz.1050 zezm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy - jest cena brutto, istotnym jest jednak ocena, czy Wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Istotne jest bowiem również jaką stawkę podatku VAT

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

wykonawca ujął w cenie ofertowej (cenie brutto). Podatek VAT - stosownie do definicji ceny z przywołanego przepisu ustawy o cenach – wchodzi bowiem w zakres tej ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 lutego 2009 r. KIO/UZP 107/09, LexPolonica nr 2065103).

Zgodnie z założeniami s.i.w.z. Zamawiający wymagał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej wraz z podaniem składników cenotwórczych, na bazie których została przygotowana wycena. Nakazał jednocześnie, aby zakres robót niezbędny do wykonania a nieujęty w przedmiarze robót wykonawca ujął w kosztach ogólnych zadania. Zdaniem Odwołującego powyższe miało na celu wykonanie przed podpisaniem umowy harmonogramu robót, który w sposób najbardziej zbliżony do rzeczywistości przedstawiałby zakresy realizacyjne i umożliwiał prawidłowe rozliczenie finansowo-rzeczowe oraz zapewniał właściwe cykle wykonawcze. Oferta Wykonawcy - Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna uniemożliwia jednak właściwe wykonanie harmonogramu robót i tym samym rodzi następstwa niezgodnego z projektem i s.i.w.z. samego cyklu wykonawczego. Brak składników cenotwórczych uniemożliwia także w sposób jednoznaczny ustalenia czy złożona oferta w swych realiach cenowych nie stanowi oferty z rażąco niską ceną, co przy 3-letnim cyklu realizacyjnym może stanowić przesłankę nie gwarantującą należytego wykonania zadania za zaoferowaną cenę. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna wprowadzając zmiany w stosunku do S.I.W.Z. zarówno w wycenie ofertowej jak i harmonogramie w sposób sztywny ustaliła ceny oraz zakresy robót pomijając przy tym istotne elementy.

Punkt 9.5. S.I.W.Z. stanowi, że wartość robót należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego szczegółowego sporządzonego i załączonego do oferty na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik Nr 9 do Specyfikacji i wizji lokalnej, a wartość prac niezbędnych do wykonania, opisanych w pkt. 9.2., a nie ujętych w przedmiarze, należy określić na podstawie kalkulacji własnej kosztów i ująć w kosztach ogólnych zadania; należy podać także dane wyjściowe do kosztorysowania tj. stawkę roboczogodziny, narzuty kosztów ogólnych, zysk i koszty zakupu materiałów. Wykonawca – „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna w złożonej ofercie nie wskazał żadnych składników cenotwórczych (narzuty kosztów ogólnych, zysk i koszty zakupu materiałów) oprócz stawki roboczogodziny, która na dodatek nie gwarantuje zaś minimum socjalnego określonego minimalnym wynagrodzeniem obowiązującym w 2009r. i 2010r., w związku z tym niemożliwym jest określenie wartości prac niezbędnych do wykonania, a nie ujętych w przedmiarze i ich stosunku do ogólnych kosztów zadania. Zdaniem Odwołującego w ofercie uznanej za najkorzystniejszą zachodzą braki w zakresie wskaźników i danych wyjściowych do kosztorysowania, brak było również udziału w wizji lokalnej przedstawicieli tego Wykonawcy, co miało również wpływ na braki w tej ofercie w zakresie wyceny robót dodatkowych, skoro zgodnie ze s.i.w.z. wartość robót należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego na

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

podstawie przedmiaru robót i wizji lokalnej. Wykonawca ten nie mógł więc ująć przewidzianych w punkcie 9.2 s.i.w.z. robót dodatkowych czy kosztów towarzyszących wykonaniu zamówienia, nie posiadał bowiem wiedzy o wielkości zamulenia, stanie drogi po wierzchowinie, którą pominął zarówno w wycenie jak i harmonogramie czy stanie erozji skarp. Wszystkie dodatkowe zapisy zarówno w wycenie ofertowej, jak i harmonogramie robót, nie mogłyby być kwestionowane pod warunkiem jednakże ujęcia kompletnego zakresu robót wymaganego dokumentacją, przedmiarem i s.i.w.z.. Wykazanie w wycenie ofertowej części pozycji ze stawką VAT 22%, a części 7% uniemożliwia również wykonanie właściwego rozliczenia chociażby w stosunku do nie ujętej nigdzie pozycji nakazującej przywrócenie dróg dojazdowych do stanu istniejącego (naprawy nawierzchni przebiegającej przez wierzchowinę hały 5000m²), co wiąże się z koniecznością uzupełnienia materiału na podbudowę, odpowiednie ukształtowanie i zagęszczenie (Wykonawca, którego oferta została wybrana wykazał tylko w pozycji kosztorysowej konieczność naprawy drogi dojazdowej - 40001 m²) po terenach leśnych, którą dla omawianej usługi jest drogą technologiczną, dzierzawiona od Nadleśnictwa Chrzanów. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi m.in. wtedy, gdy w kosztorysie ofertowym występują braki takie, jak: zastosowanie innego rodzaju materiałów niż przewidział zamawiający, nieuwzględnienie koniecznych dostaw itp., mimo że określona w ofercie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego ze swej istoty jest ostateczna, niezależna od rozmiaru robót budowlanych i kosztów ponoszonych przez Wykonawcę podczas ich realizacji. W orzeczeniu (wyrok z 10 lipca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-977/07) zespół arbitrów uznał, że w przypadku zastosowania ceny o charakterze ryczałtowym żądanie przedstawienia jej na podstawie kosztorysu opartego na przedmiarze robót stanowi w istocie żądanie przedstawienia dokumentu określającego przedmiot zamówienia, który Wykonawca zobowiązuje się wykonać za cenę ryczałtową. Zatem wszelkie odstępstwa od przedmiaru przygotowanego przez Zamawiającego w specyfikacji, a zawarte w ofercie, stanowią o jej niezgodności z treścią specyfikacji.

Dodatkowo zauważyć należy, że Wykonawca ten dokonał nieuzasadnionych zmian w stosunku do s.i.w.z. (załącznik nr 9 do S.I.W.Z.) w kosztorysie ofertowym (książka przedmiarów – str. 66 i 67 oferty) polegających na dopisaniu pozycji 1,2,3,25 i 26 oraz zmienił zapisy (w stosunku do treści S.I.W.Z.) w załączniku nr 6 poprzez dopisanie w formularzu cenowym prac przygotowawczych i pozostałych prac (str. 63 oferty), nie uwzględniając przy tym konieczności wykonania „Mapy rozmieszczenia gatunków” (której wykonanie również nie uwzględnia prawidłowej stawki VAT). Kosztorys ofertowy i dołączony do oferty harmonogram Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna jest niezgodny z przedmiarem robót i s.i.w.z., co winno skutkować odrzuceniem oferty tego Wykonawcy.

Zauważyć również należy, że referencje przedłożone przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna referencje nie wskazują ilości wykonanych nasadzeń, lecz ich powierzchnie (strona 52-57 Oferty), co stanowi

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

o niezgodności oferty tego Wykonawcy z S.I.W.Z. (punkt 3.2 i 4.14), bo zgodnie z s.i.w.z. przez wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia rozumie się specjalizowanie się na rynku usług w wykonywaniu prac o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zamówienia, w tym realizacją w okresie ostatnich 3 lat, co najmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem, złożonością i podobną wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Tymczasem Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie wykazał, w sposób wystarczający, zgodny z s.i.w.z., zakresu dotychczas przeprowadzonych nasadzeń.

Ze wszystkich tych okoliczności wynika, że oferta tego Wykonawcy nie odpowiada s.i.w.z. i winna zostać odrzucona. Z powyższego wynika również, że cena zaproponowana przez tego wykonawcę nie odzwierciedla wartości rzeczywistych nakładów wymaganych do poniesienia dla zrealizowania zamówienia publicznego i nie jest ceną ostateczną, bądź jest ceną rażąco zaniżoną, co winno skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący podnosi, że czynności i zaniechania Zamawiającego opisane w sposób wskazany powyżej naruszają zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ustawy pzp.

Zamawiający oddalił protest 2 kwietnia 2010 r., w uzasadnieniu podając następujące okoliczności.

Zgodnie z pkt. 3 ppkt. 3.7. s.i.w.z. „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków” Zamawiający żądał od Wykonawców, stosownego „Oświadczenia”, że po udzieleniu zamówienia Wykonawca dostarczy dokument wystawiony nie wcześniej niż 6 tygodni przed terminem składania ofert potwierdzający, że zapewni materiał nasadzeniowy w wymaganych ilościach i gatunkach zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 19.04.2004r w sprawie wykorzystywania leśnego materiału rozmnożeniowego poza regionem pochodzenia (Dz.U. Nr 84, poz.791) posiadający świadectwo nasiennicze z mikroregionu 655, potwierdzone właściwym dokumentem oraz spełniający wymagania zawarte w normie BN-76/9212-02, Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna złożył stosowne oświadczenie, zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego, który to określa warunki udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz mając na względzie bezpieczne, rzetelne i sprawne wykonania zamówienia przez Wykonawcę – w granicach określonych przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych. W sprawie niniejszej Zamawiający wymagał od wykonawców tylko dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia i zgodnie z art. 25 ust. 11 ustawy pzp Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu opierał się na oświadczeniu Wykonawcy złożonym w ofercie. Zamawiający nie ma żadnych podstaw domniemywać, iż złożony dokument –

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

oświadczenie nie polega na prawdzie, pomimo udowadniania Protestującego i stwierdzenia o podaniu nieprawdziwych informacji w zakresie ww. oświadczenia przez firmę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna. Natomiast informacja iż tylko Protestujący posiada wymaganą ilość materiału nasadzeniowego nie może stanowić podstawy uznania podania nieprawdziwej informacji przez ww. firmę i podstawy jej wykluczenia z udziału z niniejszego postępowania.

W s.i.w.z. w pkt 9.1, 9.2. i 9.5. Zamawiający określił wymagania w stosunku do Wykonawców który winien zaoferować cenę ryczałtową kompletną, jednoznaczną i ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem (...), w której winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia oraz wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, w tym: prace przygotowawcze, odtworzenie i trwałe zastabilizowanie granic działek na zrekułtywowanym zwałowisku będących własnością Gminy Sosnowiec, Gminy Jaworzno oraz będących w zarządzie Lasów Państwowych i wkreślenie na mapach gospodarczych Nadleśnictwa Chrzanów terenów będących w zarządzie Lasów Państwowych itp. Ponadto Zamawiający określił, iż wartość robót należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego szczegółowego sporządzonego i załączonego do oferty na podstawie przedmiaru robót i wizji lokalnej, a wartość prac niezbędnych do wykonania, opisanych w pkt. 9.2. a nie ujętych w przedmiarze należy określić na podstawie kalkulacji własnej kosztów i ująć w kosztach ogólnych zadania oraz że należy podać dane wyjściowe do kosztorysowania tj. stawkę r-godz., narzuty kosztów ogólnych, zysk, koszty zakupu materiałów.

Zdaniem Zamawiającego jeżeli Wykonawca w ofercie wyliczonej na podstawie przedmiaru robót z *podaniem cen szczegółowych*, odniesionych do poszczególnych pozycji przedmiaru, z podaniem nakładów rzeczowych opublikowanych w katalogach lub w biuletynach informacyjnych, co stanowi podstawę do opracowania rzeczowej części kosztorysów szczegółowych, i co zostało wyszczególnione przez Wykonawcę poprzez podanie jednostkowych nakładów rzeczowych czynników produkcji: robocizny (R_r) materiałów (M_m) oraz pracy sprzętu i środków transportu technologicznego (S_s), a które są ujęte w katalogach lub ustalone są na podstawie analizy indywidualnej Wykonawcy są one wystarczające wobec zaoferowania wykonanie zamówienia za cenę ryczałtową która jest ostateczna niezależnie od rozmiaru robót i kosztów realizacji ponoszonych przez Wykonawcę. Wykaz elementów rozliczeniowych informuje Wykonawcę o zakresie robót i innych świadczeń koniecznych do wykonania w ramach umowy. Za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada Wykonawca, W przypadku, gdy Zamawiający wymaga opracowania kosztorysu ofertowego, traktuje przekazany w ramach s.i.w.z. przedmiar robót jako dokument informacyjny. Powyższe oznacza, że zastosowane przez Wykonawcę w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego innych niż oczekiwane metod kalkulacji nie może stanowić przyczyny odrzucenia ofert. Jednocześnie w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

zamówienia (cena ryczałtowa) przyjmuje się za prawidłowo podaną cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

W załącznik nr 6 – Formularz cenowy zdaniem Protestującego Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” zmienił zapisy poprzez dopisanie wierszy lp. 7 „Prace przygotowawcze” i lp. 8 „Pozostałe prace”. Zamawiający przyjmując stanowisko, że treść oferty musi być zgodna z s.i.w.z., stwierdza iż treść oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” jest zgodna z powyższymi zapisami ponieważ Zamawiający określił w pkt 9.1 i 9.2 s.i.w.z., iż w cenie winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia oraz wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, w tym: prace przygotowawcze, odtworzenie i trwałe zastabilizowanie. Wykonawca w przedstawionej ofercie (na Formularzu cenowym) winien ująć ceny w rozbiciu na lata oraz poszczególne zakresy prac rekultywacyjnych. Z kalkulacji usługi wynika, że cena tej usługi została skalkulowana prawidłowo i zawiera wszystkie niezbędne elementy.

Protestujący zarzuca, iż nieobecność Wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” na wizji lokalnej spowodowała nie ujęcie robót dodatkowych i kosztów towarzyszących w wykonaniu zamówienia z powodu nie posiadania wiedzy o wielkości zamulenia, stanie drogi po wierzchołku i stanie erozji skarp oraz że ww. Wykonawca dokonał nieuzasadnionych zmian w kosztorysie ofertowym poprzez dopisanie pozycji 1,1,2,25 i 26 oraz dopisanie w załączniku nr 6 „Formularz cenowy” prac przygotowawczych i pozostałych prac nie uwzględniając konieczności wykonania „mapy rozmieszczenia gatunków”. Pkt 1 ppkt 1 s.i.w.z. „Zakres robót obejmuje” ma brzmienie: „Prace przygotowawcze polegające na czyszczeniu rowów odwadniających, usunięciu erozji występującej na skarpach, likwidacja chwastów środkami chwastobójczymi na obszarze nasadzeń”, natomiast Wykonawca Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” zapisał w poz. 1 kosztorysu: „Częściowe odtworzenie i oczyszczenie rowów”, w poz. 2 „Odtworzenie zerodowanych skarp z przemieszczaniem ziemi z wierzchołku i wbudowaniem jej w skarpy oraz z przerzutem koparką ziemi wydobytej z rowów odwadniających”, w poz. 3 „Likwidacja chwastów środkami owadobójczymi”. Pkt 1 ppkt 8 s.i.w.z. „Zakres robót obejmuje” ma brzmienie: „Przywrócenie dróg dojazdowych do stanu pierwotnego, które po zakończeniu prac będą drogami dojazdowymi, pożarowymi itp. zapewniającymi prawidłową gospodarkę leśną”, natomiast Wykonawca Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” zapisał w poz. 25: „Przywrócenie dróg dojazdowych do stanu pierwotnego”. Pkt 1 ppkt 9 s.i.w.z. „Zakres robót obejmuje” ma brzmienie: „Odtworzenie i trwałe zastabilizowanie (betonowe słupki graniczne) granic działek na zrehabilitowanym zwałowisku będących własnością Gminy Sosnowiec, Gminy Jaworzno oraz będących w zarządzie Lasów Państwowych i wykreślenie na mapach gospodarczych Nadleśnictwa Chrzanów terenów będących w zarządzie Lasów Państwowych, zgodnie z warunkiem nakaznym wydaną decyzją Prezydenta Miasta Sosnowca z dnia 16.04.2008 r. o znaku: WGG.II.KM.6064-1/08”, natomiast Wykonawca Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

„EKOBUD zapisał w poz. 26: „Odtworzenie i trwałe zastabilizowanie granic działek poprzez betonowe słupki graniczne”. Powyższe zapisy są zbieżne z wymogami Zamawiającego i nie można uznać tezy Protestującego o nie ujęciu robót dodatkowych i kosztów towarzyszących w wykonaniu zamówienia z powodu nieposiadania wiedzy o wielkości zamulenia, stanie drogi po wierzchołku, stanie erozji skarp i nie można podzielić stanowiska Protestującego, iż są to nieuzasadnione zmiany w stosunku do s.i.w.z.. Zamawiający precyzyjnie i dokładnie opisał przedmiot zamówienia, by zagwarantować realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z przyjętymi założeniami, które zostały opisane za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzone oferty. Zamawiający ustalił warunki uczestnictwa w postępowaniu przetargowym przede wszystkim zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego oraz zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych i uznaje, iż oferta Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” odpowiada jego potrzebom, gdyż Wykonawca ten zobowiązał się do wykonania wszystkich prac określonych w dokumentacji technicznej, przedmiarze robót i s.i.w.z..

Zgodnie z pkt. 3.2 S.I.W.Z. warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust 1 pkt, 1- 4 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. między innymi posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W zakresie ww. warunku, wymagane jest m.in. posiadanie doświadczenia z ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy z tego okresu, wyrażające się tym, że Wykonawca wykonywał przynajmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem, złożonością i podobną wartością przedmiotowi zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku równego traktowania wszystkich Wykonawców i nie może naruszać art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonywać subiektywnych ocen ich spełnienia. Zamawiający stwierdza, że wykazane doświadczenie poprzez wskazanie nazwy i adresu usługobiorcy z opisem zamówienia i wartością oraz czasokresami trwania umów wyszczególnione w Załączniku nr 5 przez ww. Wykonawcę potwierdzają posiadane doświadczenie w świadczeniu usług i są zbieżne z zakresem zamówienia określonym przez Zamawiającego, a przedłożone referencje, które stanowią załącznik do formularza „Doświadczenie wykonawcy” w pełni potwierdzają należyte wykonywanie usług na rzecz innych Zamawiających. Podnoszona przez Protestującego okoliczność braku odniesienia do zakresu wykonanego zamówienia nie może stanowić podstawy do uznania ich jako nieprawidłowości, bowiem przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane to katalog dokumentów, jakie zamawiający może żądać od wykonawców. W zakresie wskazanym przez Zamawiającego w s.i.w.z. wymogu przedstawienia wykazu zrealizowanych usług dołączone do oferty dokumenty mają potwierdzać należyte ich wykonanie. Stawianie dodatkowych wymogów

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

przez Zamawiającego co do treści dokumentów nie ma uzasadnienia, ponieważ ustawodawca wymaga jedynie, aby z dokumentów załączanych na potwierdzenie wykonania wskazanych w wykazie zamówień wynikało, iż zostały one wykonane należycie. Ustawodawca nie dokonał ograniczenia, co do formy dokumentów, wskazując jedynie na potrzebę potwierdzenia należytego wykonania umowy, a informacje o wartości, przedmiocie zamówienia, jak również datach jego wykonania, wykonawcy są zobowiązani podać w wykazie i stanowi ono oświadczenie wiedzy Wykonawcy, a żądanie potwierdzenia oświadczenia w zakresie o którym Protestujący mówi w treści dokumentów stanowiłoby dodatkowy formalizm i mogłoby utrudnić dostęp do zamówienia, gdyż Wykonawcy z reguły nie mają wpływu na treść oświadczenia zamieszczanego, w tym przypadku w referencjach. Żądanie wymienienia ilości nasadzeń w których opisie wyszczególnione są cechy i czynności określone przez Zamawiającego w s.i.w.z. jest wobec przytoczonych argumentów niezrozumiałe dla Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze.

Zamawiający wskazuje, iż nigdzie w zapisach s.i.w.z. nie wskazał konkretnej stawki podatku VAT która by miała być wiążąca i mieć zastosowanie w niniejszym postępowaniu, a w celu ustalenia poprawności przyjętych stawek VAT zwrócił się o opinię do podmiotu zewnętrznego, w której stwierdzono, że zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy o VAT kluczowym dla ustalenia stawki podatku VAT dla danej usługi konieczne jest dokonanie jej klasyfikacji Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług (PKWiU). Na podstawie przedstawionych dokumentów a w szczególności harmonogramu rzeczowo finansowego oraz wyjaśnień wykonanie poszczególnych usług powinno być dokumentowane fakturami ze stawką VAT 7% w dwóch przypadkach stawką VAT 22%. Natomiast w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/193/09) stwierdzono, iż przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia, gdyż zgodnie z artykułem 632§1 kc w związku z art. 14 ustawy pzp nie ma możliwości przy wynagrodzeniu ryczałtowym podwyższenia wynagrodzenia a w przypadku błędnie zastosowanej stawki podatku VAT zgodnie z art. 103 ustawy o podatku od towarów i usług to na Wykonawcy jako wystawcy faktury ciąży obowiązek prawidłowego obliczenia i przekazania podatku VAT, zaś po stronie Zamawiającego nie powstają z tego tytułu żadne dodatkowe obowiązki. Zamawiający będzie w przypadku ceny ryczałtowej zobowiązany wyłącznie do zapłacenia wskazanej w ofercie ceny brutto, a Wykonawca nie będzie mógł podnieść skutecznie roszczeń związanych z żądaniem podwyższenia wynagrodzenia.

23 kwietnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna, 41-947 Piekary Śląskie, ul. Konarskiego 1, które uprzednio 29 marca 2010 r. zgłosiło

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu, wnosząc o jego oddalenie.

Izba dopuściła zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż jako Wykonawca, którego oferta została wybrana, ma on w tym zakresie interes prawny.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania i popierając w pełni argumentację Zamawiającego, dodatkowo podniósł następujące argumenty.

Przesłanka złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie ma wpływ na wynik postępowania. Natomiast Odwołujący nie wykazał w żadnym stopniu, iż oświadczenie Przystępującego jest nieprawdziwe. Ponadto Przystępujący spełnił wymogi określone przez Zamawiającego w pkt 3.7 s.i.w.z., wobec czego nie zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 pzp.

Brak wskazania składników cenotwórczych oprócz stawki roboczo-godziny nie ma wpływu na cenę ostateczną zaoferowaną przez przystępującego, gdyż ma ona charakter ryczałtowy. Nie stanowi również o niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż dla każdej wycenianej pozycji zostały ujęte koszty ogólne. Z kolei dopisanie pozycji oznaczonych numerami 1, 2, 3, 25 i 26 stanowi konsekwencję ujęcia przedmiotu zamówienia w s.i.w.z., a zwłaszcza ujęcia pozycji określonych w pkt. 1 s.i.w.z. w części odnoszącej się do „zakresu robót” – Przystępujący uwzględnił bowiem takie pozycje jak: prace przygotowawcze polegające na czyszczeniu rowów odwadniających, przywrócenie dróg dojazdowych do stanu pierwotnego oraz odtworzenie i trwałe zastabilizowanie działek. Jednocześnie wykonanie Mapy Rozmieszczenia Gatunków zostało uwzględnione w kosztach ogólnych wskazanych przez Przystępującego dla każdej pozycji. Wobec tego brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia spełnienia przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Ponieważ przedmiotowe zamówienie składa się z szeregu odrębnych usług, Przystępujący rozróżnił te usługi zgodnie z klasyfikacją PKWiU, co stanowiło podstawę dla określenia odrębnej stawki VAT, stosownie do obowiązujących przepisów podatkowych. Nawet jeśli przyjąć za zasadny pogląd, iż w postępowaniu właściwe będzie zastosowanie jednolitej stawki, to zdaniem Przystępującego za prawidłowe należy uznać zastosowanie stawki wynoszącej 7%.

Po ustaleniu z urzędu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik postępowania podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 18

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

sierpnia 2009 r. pod numerem 2009/S 157 – 229335, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie oraz udostępnił s.i.w.z. na swojej stronie internetowej (www.srk.com.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 4 759 852,79 zł, co stanowi równowartość 1 227 683,78 euro.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego, z ceną 4 694 362,47 zł, i Przystępującego, z ceną 2 367 493,81 zł, przy czym, zgodnie z pkt. 12 s.i.w.z. cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, między innymi, następujące postanowienia:

W pkt. 1. *Opis przedmiotu zamówienia:*

„Zakres robót obejmuje:

- 1) Prace przygotowawcze polegające na czyszczeniu rowów odwadniających, usunięciu erozji występującej na skarpach, likwidacja chwastów środkami chwastobójczymi na obszarze nasadzeń.
- 2) Zabiegi agrotechniczne (wysiew nawozów mineralnych, wapnowanie, bronowanie, grabienie).
- 3) Otoczenie żelazem korzeni sadzonek z odkrytym systemem korzeniowym.
- 4) Sadzenie drzew i krzewów z zaprawą i bez zaprawy dołków w ilości łącznej 145.022 szt.
- 5) Wysiew nasion łubinu trwałego "pod motyczkę".
- 6) Zabiegi pielęgnacyjne i ochronne założonych plantacji sadzonek (wykaszenie trawy, chwastów
- 7) i samosiewów, nawadnianie w okresach suszy).
- 8) Pielęgnacja i zabiegi ochronne sadzonek drzew i krzewów (azofoska, woda, smarowanie repelentami, opalikowanie sadzonek modrzewia, uzupełnienie wypadów).
- 9) Przywrócenie dróg dojazdowych do stanu pierwotnego, które po zakończeniu prac będą drogami dojazdowymi, pożarowymi itp. zapewniającymi prawidłową gospodarkę leśną.
- 10) Odtworzenie i trwałe zastabilizowanie (betonowe słupki graniczne) granic działek na zrekułtywowanym zwałowisku będących własnością Gminy Sosnowiec, Gminy Jaworzno oraz będących w zarządzie Lasów Państwowych i wkreślenie na mapach gospodarczych Nadleśnictwa Chrzanów terenów będących w zarządzie Lasów Państwowych, zgodnie z warunkiem nakazanym wydaną decyzją Prezydenta Miasta Sosnowca z dnia 16.04.2008r. o znaku: WGG.II.KM.6064-1/08.
- 11) Uporządkowanie i przekazanie terenu Zamawiającemu przy udziale Lasów Państwowych oraz przedstawicieli Gmin Sosnowiec i Jaworzno.

Wymagania techniczne:

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

- Do zalesienia powinny być użyte 2-3 letnie sadzonki liściaste I-szej klasy jakości, sosny zwyczajnej i modrzewia z bryłką (mikoryzowanych) posiadających świadectwo pochodzenia z mikroregionu 655.
- Ilość sadzonek oraz procentowy udział w składzie uprawy winien być zgodny z danymi podanymi przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Chrzanów w uzgodnieniu stanowiącym załącznik nr 8 do S.I.W.Z..

Rodzaj i ilość sadzonek oraz szczegółowy zakres prac określony jest w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 9 do niniejszej S.I.W.Z. przy czym przedmiar ma służyć wyłącznie do wyliczenia ceny oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym, albowiem wynagrodzenie wykonawcy za realizację zadania objętego zamówieniem ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 § 1 kodeksu cywilnego.

Zaleca się, aby Wykonawca zapoznał się z „Dokumentacją projektowo-kosztorysową rekultywacji terenów zwałowiska odpadów pogórnich „Marian-Wschód” położonego w granicach administracyjnych miast Sosnowiec i Jaworzno” oraz dokonał wizji lokalnej w terenie przeznaczonym do rekultywacji biologicznej i zweryfikował wszelkie informacje, które mogą mu być konieczne do przygotowania oferty.

Wykonawca, który zostanie wyłoniony w drodze przetargu (po zaproszeniu do podpisania umowy, a przed jej podpisaniem) będzie zobowiązany do opracowania we współpracy z Zamawiającym harmonogramu rzeczowo-finansowego w rozliczeniu miesięcznym, obejmującego poszczególne zakresy prac rekultywacyjnych (elementy przedsięwzięcia) wyszczególnione w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 6 do S.I.W.Z.. Harmonogram będzie określał poszczególne cykle realizacyjne, stanowiące podstawę do wystawiania faktur częściowych i faktury końcowej za prowadzone roboty. Harmonogram stanowił będzie załącznik do umowy”.

W pkt. 3. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

Pkt 3.2: „Wykonawca powinien posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia tj. winien specjalizować się na rynku usług w wykonywaniu prac o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zamówienia i zrealizować w okresie ostatnich 3 lat, co najmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem, złożonością i podobną wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia”;

Pkt 3.7: „Wykonawca, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 19.04.2004r w sprawie wykorzystywania leśnego materiału rozmnożeniowego poza regionem pochodzenia (Dz.U. Nr 84, poz.791) zapewni materiał nasadzeniowy w wymaganych ilościach i gatunkach posiadający świadectwo nasiennicze z mikroregionu 655, potwierdzone właściwym dokumentem oraz spełniający wymagania zawarte w normie BN-76/9212-02”.

W pkt. 4. Dokumenty i załączniki wymagane przez Zamawiającego, które należy dołączyć do oferty:

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

Pkt 4.14: „Wykaz ważniejszych usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (prowadzenie zalesienia nieużytków przemysłowych) z podaniem ich wartości oraz dat i miejsca wykonywania, odbiorców zgodnie z opisem w pkt. 3.2. S.I.W.Z. oraz załączenia dokumentów (referencji) potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie - oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy - załącznik nr 5 do druku *OFERTA*”;

Pkt 4.18: „Oświadczenie Wykonawcy, że po udzieleniu zamówienia dostarczy dokument wystawiony nie wcześniej niż 6 tygodni przed terminem składania ofert, potwierdzający, że materiał nasadzeniowy posiada świadectwo nasiennicze z mikroregionu 655 potwierdzone właściwym dokumentem oraz spełniający wymagania zawarte w normie BN-76/9212-02.- zgodnie z opisem w pkt. 3.7. S.I.W.Z..”.

W pkt. 9. Opis sposobu obliczenia ceny oferty:

Pkt. 9.1: „Wykonawca w przedstawionej ofercie (na formularzu cenowym) winien zaoferować cenę ryczałtową kompletną, jednoznaczną, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem i nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac dla całego zadania, w rozbiciu na lata oraz poszczególne zakresy prac rekultywacyjnych. Należy podać kwotę netto, podatek od towarów i usług i kwotę brutto (...);”

Pkt. 9.2: „W cenie winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia oraz wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, w tym: prace przygotowawcze, odtworzenie i trwałe zastabilizowanie granic działek na zrekultywowanym zwałowisku będących własnością Gminy Sosnowiec, Gminy Jaworzno oraz będących w zarządzie Lasów Państwowych i wkreślenie na mapach gospodarczych Nadleśnictwa Chrzanów terenów będących w zarządzie Lasów Państwowych itp.”;

Pkt. 9.3: „Stawki i ceny wymienione przez Wykonawcę w ofercie nie będą podlegać korektom w trakcie wykonywania przedmiotu umowy”;

Pkt.9.5: „Wartość robót należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego szczegółowego sporządzonego i załączonego do oferty na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik Nr 9. do niniejszej specyfikacji i wizji lokalnej. Wartość prac niezbędnych do wykonania, opisanych w pkt. 9.2., a nie ujętych w przedmiarze, należy określić na podstawie kalkulacji własnej kosztów i ująć w kosztach ogólnych zadania. Należy podać dane wyjściowe do kosztorysowania tj. stawkę r-godz., narzuty kosztów ogólnych, zysk, koszty zakupu materiałów”.

W załączniku nr 2 do s.i.w.z. – wzorzec umowy:

§ 3 ust. 5: „Do obowiązków Wykonawcy należy zapewnienie materiału nasadzeniowego posiadającego świadectwo nasiennicze z mikroregionu 655 potwierdzone właściwym dokumentem wystawionym nie wcześniej niż 6 tygodni przed terminem składania ofert oraz spełniający

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

wymagania zawarte w normie BN-76/9212-02”.

W ofercie Przystępującego (s. 77) znajduje się dokument „Oświadczenie”, o następującej treści: „Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna oświadcza, że po udzieleniu zamówienia dostarczy dokument wystawiony nie wcześniej niż 6 tygodni przed terminem składania ofert, potwierdzający, że materiał nasadzeniowy posiada świadectwo nasiennicze z mikroregionu 655 potwierdzone właściwym dokumentem oraz spełniający wymagania zawarte w normie BN-76/9212-02”.

W „Formularzu cenowym” oferty Przystępującego oprócz wypełnienia 6. punktów tabeli formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 6 do s.i.w.z., w tym określenia stawki VAT dla każdego z rodzaju prac na 7 %, znajdują się wykraczające poza formularz przygotowany przez Zamawiającego pkt 7. „Prace przygotowawcze” i pkt 8. „Pozostałe prace”, dla których określono stawkę VAT na 22%.

W kosztorysie ofertowym Przystępującego dopisano odpowiednio dodatkowe pkt. wraz z następującym opisem: pkt 1 „Roboty przygotowawcze” – ppkt 1 „Częściowe odtworzenie i oczyszczenie rowów odwadniających”, ppkt 2 „Odtworzenie zerodowanych skarp wraz z przemieszczeniem ziemi z wierzchołku i wbudowanie jej w skarpy oraz z przetrzutem koparką ziemi wydobytej z rowów odwadniających”, ppkt 3 d. 1 „Likwidacja chwastów środkami owadobójczymi”; pkt 3 „Roboty pozostałe” – ppkt 25 „Przywrócenie dróg dojazdowych do stanu pierwotnego”, ppkt 26 „Odtworzenie i trwałe zastabilizowanie granic działek poprzez betonowe słupki graniczne”.

W tabeli dokumentu „Doświadczenie wykonawcy” załączonego do oferty Przystępującego wymieniono 6 wykonanych usług rekultywacji, w tym jednej dotyczącej rekultywacji technicznej i biologicznej terenów leśnych położonych u podnóża hałdy odpadów pogórnich. Dla każdej usługi wymienionej w wykazie załączono referencję potwierdzającą należyte jej wykonanie.

Zamawiający pismem SRK/TZ/1078/2010 z 3 marca 2010 r. wezwał Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z prośbą o szczegółowe wyjaśnienie elementów oferty dotyczących całkowitej wartości zamówienia i powodów zaproponowania tak niskiej ceny na wykonanie rekultywacji terenów zwałowiska odpadów pogórnich Marian-Wschód zgodnie z dokumentacją projektowo-kosztorysową. Wykonawca udzielił w wyznaczonym terminie odpowiedzi, którą Zamawiający uznał za satysfakcjonującą.

Wobec oddalenia przez Zamawiającego 2 kwietnia 2010 r. protestu wniesionego 25 marca 2010 r., Odwołujący wniósł 9 kwietnia 2010 r. odwołanie.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania lub przekazanej przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Odwołującego, oferty Przystępującego oraz przywołanych pism i dokumentów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż potwierdzenie się zarzutów odwołania umożliwi mu kontynuowanie udziału w postępowaniu i stwarza możliwość uzyskania zamówienia.

Wobec braku precyzji Odwołującego w określeniu zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 pzp, biorąc pod uwagę treść protestu i odwołania, w tym wskazane w tych środkach zaskarżenia przepisy naruszone przez Zamawiającego wraz z podanymi okolicznościami faktycznymi, Izba uznała, iż rozpatrzeniu podlegają zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ust. 2 i 3 tego artykułu. Co prawda przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp nie został przytoczony w proteście, to jednak z treści uzasadnienia protestu w sposób jednoznaczny wynika, iż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również brak wykluczenia Przystępującego z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Natomiast Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, tj. zarzut dotyczący wadliwości gwarancji wadialnej złożonej przez Przystępującego, gdyż w wyroku z 19 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1675-09) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykluczonego przez Zamawiającego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna, stwierdzając brak podstaw do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie tego przepisu. Wobec powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert zgodnie z tym orzeczeniem, stanowiącym ostateczne rozstrzygnięcie protestu, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp podlega odrzuceniu z mocy przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, iż choć Odwołujący w uzasadnieniu odwołania zawarł rozważania dotyczące braku możliwości ustalenia czy cena oferty Przystępującego nie jest

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

rażąco niska, co przy 3-letnim cyklu realizacyjnym może nie gwarantować należytego wykonania zamówienia, to jednak nie sformułował ani w proteście, ani w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, tj. braku odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania złożone na rozprawie skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie potwierdził się żaden z podlegających rozpoznaniu zarzutów odwołania.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W zakresie warunku opisanego w pkt. 3.7 s.i.w.z. Przystępujący złożył oświadczenie wymagane na mocy pkt 4.18 s.i.w.z.. Z treści tego oświadczenia wynika włącznie potwierdzenie, iż po udzieleniu zamówienia zostanie dostarczony dokument, wystawiony nie wcześniej niż 6 tygodni przed terminem składania ofert, potwierdzający, że oferowany materiał nasadzeniowy posiada świadectwo nasiennicze z mikroregionu 665 oraz spełnia wymagania zawarte w normie BN-76/9212-02. Natomiast zakresem tego oświadczenia nie jest objęte potwierdzenie na dzień składania ofert faktu dysponowania materiałem nasienniczym o parametrach i w ilościach określonych w s.i.w.z.. Z uwagi na takie, a nie inne skonstruowanie przez Zamawiającego w s.i.w.z. wymogu i sposobu jego oceny, nie można uznać, iż Przystępujący składając oświadczenie takiej treści dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji. Tymczasem cały wysiłek dowodowy Odwołującego został skierowany na udowodnienie tezy, iż Przystępujący nie mógł i nie może dysponować materiałem nasienniczym o wymaganych w s.i.w.z. parametrach, gdyż wyłącznie Odwołujący jest podmiotem, który posiada dostateczną ilość 2-3 letnich sadzonek sosny pospolitej z zakrytym systemem korzeniowym. W ocenie Izby przedstawione w tym celu przez Odwołującego dowody: pismo Stowarzyszenia Leśnych Szkółkarzy Polskich 9 października 2009 r. w odpowiedzi na pismo Odwołującego nr 233/09/SK z 6 października 2009r., pismo Stowarzyszenia Leśnych Szkółkarzy Polskich z 30 marca 2010 r. w odpowiedzi na pismo Odwołującego z 30 marca 2010 r. (L.Dz. 53/SK/10) oraz umowa z dnia 21 grudnia 2007 r. nie potwierdzają zresztą w sposób nie budzący wątpliwości okoliczności istnienia monopolu faktycznego Odwołującego w tym zakresie.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 pzp – zarówno w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 3.7 w zw. z pkt. 4.18.

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

s.i.w.z., jak i do warunku postawionego w pkt. 3.2 w zw. z pkt. 4.14 s.i.w.z. W ocenie składu orzekającego Izby, pierwszy z wymienionych warunków w ogóle nie może być traktowany jako warunek udziału w postępowaniu w rozumieniu przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy pzp, w szczególności nie jest warunkiem dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W istocie jest to wymóg złożenia dodatkowego, odrębnego oświadczenia potwierdzającego wypełnienie w przyszłości, w razie udzielenia zamówienia, postanowienia § 3 ust. 5 wzoru umowy – wymóg ten w istocie zatem dotyczy zobowiązania wykonawcy, z którym została już zawarta umowa. Za takim rozumieniem warunku przemawia również okoliczność, iż żądane na mocy pkt 4.18 s.i.w.z. oświadczenie nie jest żadnym z dokumentów enumeratywnie wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm). Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w związku z tym, iż złożone przez Przystępującego referencje nie potwierdzają warunku specjalizowania się na rynku usług w wykonywaniu prac o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zamówienia, w szczególności wykonania co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem, złożonością i wartością przedmiotowej usłudze, a to przez brak wskazania w nich ilości wykonanych nasadzeń – również nie zasługuje na uwzględnienie. Z pkt 4.14 s.i.w.z. wynika jednoznacznie, iż przez rodzaj usługi należy rozumieć prowadzenie zalesienia nieużytków przemysłowych, a nie konkretną ilość wykonanych nasadzeń, jak to podnosi Odwołujący. Ponadto Odwołujący ani w proteście, ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie sprecyzował zarzutu, które spośród złożonych przez Przystępującego 6. referencji na potwierdzenie należytego wykonania 6. ujętych w wykazie usług nie potwierdzają spełniania warunku – tymczasem dla potwierdzenia spełniania warunku wystarczyło wykazanie się tylko jedną należycie wykonaną usługą odpowiadającą rodzajowo przedmiotowi zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – zarówno w odniesieniu do niewskazania przez Przystępującego w kosztorysie ofertowym wszystkich danych wyjściowych do kosztorysowania, jak i do dokonanych przez niego zmian w formularzu oferty i kosztorysie ofertowym w stosunku do załączonych do s.i.w.z. załącznika nr 6 (formularza ofertowego) i przedmiaru robót. Co prawda faktem jest, iż Przystępujący nie zastosował się ściśle do postanowienia pkt 9.5 in fine s.i.w.z. i nie podał w sposób wyodrębniony, poza stawką roboczogodziny, innych danych wyjściowych do kosztorysowania: narzutu kosztów ogólnych, zysku i kosztu zakupu materiałów. Jednakże z uwagi na jednoznacznie wynikający z postanowień s.i.w.z. ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak również brak przewidzenia przez Zamawiającego zamówień uzupełniających, jest to raczej wymóg co do formy kosztorysu ofertowego, którego niezachowanie nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Wypełnienie tego

wymagania w ofercie Odwołującego sprowadza się do wskazania w podsumowaniu całego kosztorysu ofertowego procentowo i kwotowo globalnych wielkości kosztów pośrednich, zysku oraz kosztów zakupu i składowania materiałów. Zarówno Przystępujący jak i Odwołujący w każdej pozycji kosztorysu wskazali nakłady, cenę i koszt jednostkowy dla robocizny („R”), materiałów („M”) i sprzętu („S”) oraz podali w posumowaniu każdej pozycji wartość razem z narzutami, czyli wskazali w ten sposób koszty ogólne. Natomiast Przystępujący przez uszczegółowienie formularza i kosztorysu ofertowego o dodatkowe pozycje w ten sposób również umożliwił określenie jaką wartość w ramach ceny ryczałtowej za wykonanie całego zamówienia mają prace nieobjęte przedmiotem robót załączonym do s.i.w.z., co umożliwia sporządzenie harmonogramu rzeczowo-finansowego w razie podpisania umowy. W ocenie składu orzekającego Izby, dopisane przez Przystępującego do kosztorysu ofertowego pozycje 1, 2, 3 i 25 odpowiadają w pełni zakresowi prac opisanych w pkt 1 odpowiednio w ppkt 1 i 8 s.i.w.z. Użycie sformułowania „środki owadobójcze” (poz. 3 kosztorysu) zamiast „środki chwastobójcze” (pkt 1 ppkt 1 in fine s.i.w.z.), wobec wskazania nazwy środka chwastobójczego w kosztorysie ofertowym („Randup”), stanowi oczywistą omyłkę pisarską, którą Zamawiający winien był poprawić, jednak brak jej poprawienia nie ma wpływu na wynik postępowania. Pozostałe różnice w użytych sformułowaniach sprowadzają się do odmiennej składni lub skrócenia opisu, które nie powodują zaoferowania odmiennego niż wymagane w s.i.w.z. świadczenia. Jednak nawet brak wymienienia w pozycji 26 kosztorysu ofertowego czynności wkreślenia na mapach gospodarczych Nadleśnictwa Chrzanów terenów w zarządzie Lasów Państwowych (pkt 1 ppkt 9 in fine s.i.w.z.), jak również brak w kosztorysie ofertowym czynności uporządkowania i przekazania terenu Zamawiającemu przy udziale Lasów Państwowych (pkt 1 ppkt 10) oznacza jedynie, iż Przystępujący ujął te pozycje (tak jak Odwołujący wszystkie czynności opisane w pkt. 1 ppkt 1, 8, 9 i 10 s.i.w.z) w kosztach ogólnych zadania – kosztorys służył bowiem obliczeniu wartości oferty, a z całości treści oferty Przystępującego wynika, iż zaoferował on wykonanie całości prac objętych przedmiotem zamówienia.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż Izba nie jest organem uprawnionym do orzekania o prawidłowej stawce podatku od towarów i usług (VAT). Zdaniem składu orzekającego Izby przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp nie obejmuje swoją hipotezą przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę stawki VAT w wysokości niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535m, z późn. zm.). Wprawdzie zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądowym i arbitrażowym dotyczącym zamówień publicznych dominuje stanowisko przeciwne, jednak opiera się ono na odmiennej, co nie znaczy bardziej uprawnionej, wykładni przywołanego przepisu, polegającej przeważnie na utożsamianiu w sposób dorozumiany pojęcia błędu w obliczeniu ceny z niezgodnym z przepisami podatkowymi

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

naliczeniem VAT przez płatnika tego podatku. W ocenie składu orzekającego Izby błąd w obliczeniu ceny może odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, nieobjęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń itp.), a nie do wynikającej z przepisów prawa podatkowego stawki VAT, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia podejmują świadome decyzje przedsiębiorcy prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą, czyniąc to pod rygorem odpowiedzialności za nieprawidłowości w tym zakresie, z odpowiedzialnością karnoskarbową łącznie. Nie ma zatem dostatecznych argumentów, aby poprzez tego typu interpretację przepisu nakładać *de facto* na zamawiającego obowiązki i kompetencje, niejednokrotnie przekraczające jego możliwości, przypisane organom skarbowym państwa. Zamawiający nie jest i nie powinien być traktowany jako organ podatkowy weryfikujący wysokość zobowiązań podatkowych wykonawców. Przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny stanowi swoiste przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę stosunków prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (art. 2 ust. 13 i art. 14 pzp). Przepisy Kodeksu cywilnego nie przewidują sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano, a strony czynności nie są zobowiązane aby kontrolować prawidłowość wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Ponadto, niezależnie od zastosowanej przez wykonawcę w ofercie stawki VAT w trakcie oceny ofert porównywana jest cena brutto, którą następnie zamawiający zapłaci i która niezależnie od rozliczeń płatnika z urzędem skarbowym pozostanie niezmienna w toku realizacji zamówienia. Rozbieżność stanowisk w złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania opiniach prywatnych, sporządzonych jednak przez podmioty profesjonalnie zajmujące się problematyką podatkową, potwierdza tylko, iż spór w tym zakresie mogłaby jedynie rozstrzygnąć wiążąca interpretacja wydana przez uprawniony do tego organ podatkowy – jednak żadna ze Stron ani Uczestnik postępowania nie przedłożyli jej w toku postępowania przed Izbą.

Wobec braku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6, skład orzekający Izby nie dopatrył się również naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wskazanych w proteście i odwołaniu – i działając na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i ust. 2 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, z późn. zm.)

Sygn. akt KIO/UZP 629/10

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....