

Sygn. akt: KIO 112/11

**WYROK**  
z dnia 1 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Ewa Rzońca**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Instel-Krynica K. Kiklica spółkę jawną, 33-380 Krynica-Zdrój, ul. Nadbrzeżna 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Krynica-Zdrój, 33-380 Krynica-Zdrój, ul. Kraszewskiego 7**

przy udziale **Jerzego Żerulika** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Instalatorstwo Elektryczne Jerzy Żerulik, 33-380 Krynica-Zdrój, ul. Źródłana 13**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Instel-Krynica K. Kiklica spółkę jawną, 33-380 Krynica-Zdrój, ul. Nadbrzeżna 2 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Instel-Krynica K. Kiklica spółkę jawną, 33-380 Krynica-Zdrój, ul. Nadbrzeżna 2**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Nowym Sączu.**

.....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Krynica-Zdrój, 33-380 Krynica-Zdrój, ul. Kraszewskiego 7 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Krynica-Zdrój w latach 2011-2013.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 stycznia 2011 roku wykonawca Instel-Krynica K. Kiklica spółka jawna, 33-380 Krynica-Zdrój, ul. Nadbrzeżna 2 (dalej: odwołujący się) wniosła odwołanie od czynności zamawiającego - odrzucenie oferty odwołującego się działanej w postępowaniu o zamówienie publiczne - usługi w zakresie eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Krynica - Zdrój w latach 2011-2013, zawiadomieniem z dnia 14 stycznia 2011 r. doręczonym wykonawcy w dniu 14 stycznia 2011 r.

Czynności zamawiającego odwołujący się zarzucił naruszenie przepisu art.89 pkt 6 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego się i wniósł o uchylenie zaskarżonej czynności i nakazanie zamawiającemu podjęcie ponownie dalszych przewidzianych ustawą czynności w postępowaniu tj. wybór najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty skarżącego wykonawcy. Ponadto wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opisanego jak wyżej złożył ofertę, która jak wynika z rozstrzygnięcia postępowania, pod względem ustalonego kryterium (100 % wagi stanowi cena oferowanej usługi) uplasowała się na pierwszym miejscu, została jednak odrzucona przez zamawiającego. Fakt ten uzasadnia interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem gdyby nie odrzucenie oferty, skarżący wykonawca zostałby wyłoniony jako wygrywający zamówienie.

W dniu 14 stycznia br zamawiający zawiadomił strony postępowania m.in. o odrzuceniu oferty odwołującego się. Jako uzasadnienie wskazał przepis art. 86 pkt 6 ustawy zarzucając wykonawcy błędne obliczenie ceny w szczególności ujęcie w ofercie błędnie podanej stawki podatku VAT (23 %) która nie obowiązywała w terminie składania ofert.

Wykonawca stwierdził, iż nie godzi się z podaną w uzasadnieniu czynności argumentacją i podniósł, że w Dzienniku Ustaw z dnia 17 grudnia 2010 r. nr 238 pod pozycją 1578 ukazała się ustawa z dnia 26 listopada o zmianie ustawy o realizacji ustawy budżetowej, która w swoim artykule 19 zmienia ustawę o podatku VAT w ten sposób, że

ustala na okres od 1 stycznia 2011 do 31 grudnia 2013 r. stawkę podatku VAT na usługi objęte przedmiotowym zamówieniem ze stawki 22% na stawkę 23 %. Skoro ustawa ta została opublikowana w dzienniku ustaw (z datą ostatecznego terminu składania ofert) to oznacza, że skarżący wykonawca obliczył stawkę podatku VAT prawnie już istniejącą i zgodnie z zasadami wynikającymi ze zmienionej ustawy o podatku VAT, a zatem zgodnie z podanymi w ogłoszeniu o zamówieniu SIWZ. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że podana przez wykonawcę stawka VAT w dacie składania oferty nie obowiązywała.

Ponadto zamawiający zarzucił wykonawcy, że wobec niespełnienia warunków udziału w przetargu winien być z niego wykluczony. W uzasadnieniu zawiadomienia zamawiający oświadczył, że wyklucza wykonawcę z przetargu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4.

Zdaniem wykonawcy jest to kardynalny błąd zamawiającego, albowiem wykluczenie z postępowania stanowi osobną kategorię prawną w systemie prawa zamówień publicznych, skutkiem czego wykluczenie jest czynnością poprzedzającą merytoryczne badanie oferty i winno nastąpić odrębną czynnością zamawiającego.

W takiej sytuacji oferta wykonawcy nie powinna być dalej rozpatrywana nawet pod kątem odrzucenia. Inaczej mówiąc nie można odrzucić oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania. Jest to błąd systemowy i logiczny.

Niezależnie od tego wykonawca stoi na stanowisku, że „wykluczenie” formalnie miejsca nie miało, zatem nie może być osobnym przedmiotem odwołania, zaś podstawa do takiego stanowiska zamawiającego jest błędnie przywołana. Data 27 grudnia na „wykazie osób” jest zwykłą pomyłką pisarską która może być sprostowana przez zamawiającego. W aktach postępowania znajduje się dokument z datą prawidłową, jedynie bez podpisu wykonawcy. Wykonawca potwierdził prawidłowość wykazu przesyłając go w dniu 29 grudnia (pismo przewodnie).

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Stosownie do postanowienia rozdziału V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków str. 6 SIWZ akapit 4 od góry „Wykonawca dołączy do oferty wykaz w/w osób wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ”.

Odwołujący się w ofercie złożył wymagany wykaz, jednakże dokument ten nie został przez niego podpisany. Zamawiający pismem z dnia 27 grudnia 2010 roku wezwał zatem odwołującego się do złożenia dokumentu – wykazu osób, które będą uczestniczyć w

wykonaniu zamówienia wg wzoru na załączniku nr 5 do SIWZ (Oryginał). W piśmie zaznaczył, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 17.12.2010 roku.

W zakreślonym terminie odwołujący się złożył pismo przewodnie z dnia 29 grudnia 2010 roku, w którym napisał, iż w odpowiedzi na otrzymane wezwanie składa w załączeniu dokument – wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Do pisma dołączony był dokument zawierający wykaz osób. Dokument ten opatrzony był datą 27 grudnia 2010 roku.

Zgodnie z rozdziałem XII „Opis sposobu obliczenia ceny” ust. 4 zd. 2 siwz kwotę podatku VAT należało obliczyć zgodnie z zasadami ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 roku (Dz. U. Nr 54 poz. 535 z późn. zm.)

Wykonawca w złożonej ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę:

Cena netto: 98.700,00

Słownie: dziewięćdziesiąt osiem siedemset 00/100

VAT: 23% 22.701,00

Słownie: dwadzieścia dwa tysiące siedemset jeden

Cena brutto: 121.401,00

Słownie: sto dwadzieścia jeden czterysta jeden 00/11

Pismem z dnia 14 stycznia 2011 roku zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Jerzego Żerulika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Instalatorstwo Elektryczne Jerzy Żerulik, ul. Źródłana 13, 33-380 Krynica-Zdrój. W piśmie tym na str. 4 zamawiający zawarł rozdział zatytułowany: „Zawiadomienie o odrzuceniu Wykonawcy z postępowania”, w którym powiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca w złożonej ofercie obliczył cenę z błędną stawką VAT w wysokości 23%, która nie obowiązywała w terminie składania ofert, tj. 17.12.2010 roku. W uzasadnieniu ponadto zawarł informację, iż w toku badania i oceny ofert stwierdzono, że jeden z przedłożonych dokumentów, który stanowi część oferty nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu – wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ złożony wraz z ofertą nie został w ogóle podpisany przez wykonawcę). Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał

wykonawcę do uzupełnienia ww. dokumentu. W określonym terminie wykonawca złożył dokument, który nie potwierdzał spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 17.12.2010 r. Zatem wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert.

Zamawiający poinformował, że działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 26 ust. 3 zd. 2 wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne w części dotyczącej wykluczenia odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast jest zasadne w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego się.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby trafny jest zarzut odwołującego się dotyczący nieuprawnionego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oferta odwołującego się zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ odwołujący się zastosował stawkę podatku VAT, która nie obowiązywała w terminie składania ofert.

Odwołujący się słusznie podniósł, że w dniu składania ofert wyznaczonym na dzień 17 grudnia 2010 roku w Dzienniku Ustaw nr 238 pod pozycją 1578 ukazała się ustawa z dnia 26 listopada 2010 roku o zmianie ustawy o realizacji ustawy budżetowej, która w art. 19 zmienia ustawę o podatku VAT w ten sposób, że ustala na okres od 1 stycznia 2011 roku do 31 grudnia 2013 roku stawkę podatku na VAT na usługi objęte przedmiotowym zamówieniem ze stawki 22% na stawkę 23%. Okres, na jaki zmieniono stawkę podatku VAT pokrywa się wymaganym przez zamawiającego terminem realizacji zamówienia, zatem odwołujący się mógł przypuszczać, że w swojej ofercie zasadnie uwzględnił stawkę mającą obowiązywać w terminie realizacji zamówienia.

Istotnym dla przedmiotowej sprawy jest fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wymagał w siwz, aby wykonawcy uwzględnili w swoich ofertach stawkę w wysokości 22%. Jediną wskazówką dla wykonawców co do sposobu obliczenia podatku VAT jest zapis rozdziału XII ust. 4 zd. 2 siwz, zgodnie z którym kwotę podatku VAT należy obliczyć zgodnie z zasadami ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 roku (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.). Odwołujący się zastosował się do powyższego zapisu uwzględniając przy obliczeniu podatku VAT również ostatnią nowelizację ustawy o podatku od towarów i usług. Brak jest podstaw do przyjęcia, iż w świetle tak sformułowanego zapisu siwz odwołujący się winni byli uwzględnić wszystkie zmiany ustawy o podatku od towarów i usług, za wyjątkiem tej, która została wprowadzona nowelizacją z 26 listopada 2010 roku. Oferta nie jest zatem sprzeczna w tym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego nieuprawnione jest stanowisko zamawiającego, iż odwołujący się obliczając podatek VAT według stawki 23% popełnił błąd w obliczeniu ceny. Co więcej – brak jest również podstaw do przyjęcia, iż błędem byłoby zastosowanie stawki w wysokości 22%. Przepisy ustawy Pzp nie dają bowiem odpowiedzi na pytanie, czy w ofertach należy za prawidłowe przyjmować stawki obowiązujące w dniu składania ofert czy stawki, które będą stosowane w trakcie realizacji zamówienia (przypadek zmiany przepisów). Powyższa sytuacja ilustruje brak możliwości weryfikacji „obliczania ceny” w odniesieniu do podawanych w ofertach stawek VAT czy nawet ustalenia sensownego znaczenia prawnego powiązania pomiędzy stawką podatkową i weryfikowaną czynnością obliczania ceny. Zestawienie obu wariantów odpowiedzi na ww. pytanie właściwie obnaża brak tego typu powiązania.

Przyjęcie, iż prawidłowa jest stawka podatku VAT obowiązująca w chwili składania ofert niezależnie od tego, jaka stawka podatkowa stosowana będzie i rozliczana w trakcie realizacji zamówienia, obrazuje, iż zamawiający w takim przypadku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp mają obowiązek weryfikowania i egzekwowania nominalnych informacji i deklaracji wykonawcy w przedmiocie obowiązującej aktualnie stawki podatkowej, a nie weryfikacji jakichkolwiek realnych obliczeń i kalkulacji ceny, w której wykonawcy uwzględniają koszty jakie poniosą w związku z jej uzyskaniem.

Natomiast stanowisko, według którego prawidłowe w świetle art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz egzekwowane na podstawie tego przepisu, jest przyjęcie w ofercie i „obliczenie” ceny według stawek, które obowiązywały będą w trakcie realizacji zamówienia obarczone jest również wadami. Można tu wskazać dla przykładu: konieczność stosowania i egzekwowania nie obowiązujących jeszcze przepisów; niepewność, co do ich rzeczywistego przyszłego obowiązywania występująca na każdym etapie procesu legislacyjnego, a nawet w okresie *vacatio legis* (wyrok z dnia 4 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2746/10).

Wobec powyższego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Izba uznała za słuszny.

W ocenie Izby nie potwierdziły się natomiast zarzuty odwołującego się związane z bezpodstawnym wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W myśl § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (z. U z 2009 roku Nr 226, poz. 1817) w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Art. 9 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Do zachowania pisemności postępowania zobowiązany jest zamawiający, który sporządza dokumentację oraz kontaktuje się z wykonawcami w tej formie, ale też i wykonawcy, którzy przekazują oświadczenia i zawiadomienia zamawiającemu. Zgodnie z art. 78 § 1 K.c. dla zachowania formy pisemnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu. Brak podpisu na dokumencie zawierającym wykaz osób w ofercie odwołującego się oznacza, że dokument złożono bez zachowania wymaganej prawem formy. Zamawiający słusznie wezwał zatem odwołującego się do uzupełnienia dokumentu – wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

W myśl art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Dokument złożony przez odwołującego się w wyniku wezwania wystawiony został w dniu 27 grudnia 2010 roku, a zatem nie może potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. na 17 grudnia 2010 roku. Wbrew temu, co twierdzi odwołujący się, fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert nie wynika również z pisma przewodniego do uzupełnianego wykazu.

Nie sposób również zgodzić się z odwołującym się, iż zamieszczona w wykazie data 27 grudnia 2010 roku stanowi oczywistą omyłkę, którą zamawiający winien był sprostować. Oczywista omyłka, to taka, która poza łatwością wykrycia, cechuje się tym, że jest przypadkową i niezamierzoną niedokładnością w zapisie lub w wyliczeniu, której sposób



poprawienia nasuwa się sam przez się każdemu, a dokonana poprawa nie powoduje żadnej zmiany treści złożonego oświadczenia woli. W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku brak było podstaw do stwierdzenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż zamieszczenie przez odwołującego się daty 27 grudnia 2010 roku było przypadkowe i niezamierzone, a już z całą pewnością nie można stwierdzić, iż ewentualna poprawa nie spowoduje zmiany treści złożonego oświadczenia. W wyniku poprawy ulegnie bowiem zmianie data, w której odwołujący się potwierdził fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....  
.....  
.....