

Sygn. akt: KIO 1816/12
KIO 1819/12

WYROK
z dnia 10 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 27 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Budimex Budownictwo Sp. z o.o.**, 01-040 Warszawa, ul. Stawki, **Ferrovial Servicios S.A.**, Calle Principe de Vergara Num 135, 28002 Madryd, Hiszpania (sygn. akt KIO 1816/12),

B. w dniu 27 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Grawil Sp. z o.o.**, 87-800 Włocławek, ul. Komunalna 7 Oddział w Rudzie Śląskiej, **B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus”**, 44-107 Paniówki, ul. Działowa 1, **H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Hedar”**, 43-170 Łaziska Górne, ul. Hutnicza 3, **J.... O..... Usługi Transportowo Drogowo Mostowe**, 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 33, **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o.**, 42-360 Poraj, ul. 3 Maja 39, **Z..... W..... Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa Import-Export**, 40-748 Katowice, ul. M. Trojoka 4 (sygn. akt KIO 1819/12),

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach**, 40-017 Katowice, ul. Myśliwska 5

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie : **Grawil Sp. z o.o.**, 87-800 Włocławek, ul. Komunalna 7 Oddział w Rudzie Śląskiej, **B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus”**, 44-107 Paniówki, ul. Działowa 1, **H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Hedar”**, 43-170 Łaziska Górne, ul. Hutnicza 3, **J..... O..... Usługi Transportowo Drogowo Mostowe**, 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 33, **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o.**, 42-360 Poraj, ul. 3 Maja 39, **Z..... W.....i Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa Import-Export**, 40-748 Katowice, ul. M. Trojoka 4 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1816/12 po stronie odwołującego;

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **AVR Sp. z o.o.**, 00-103 Warszawa, ul. Królewska 16, **AVR S.p.A.**, Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1816/12 po stronie zamawiającego;

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Budimex Budownictwo Sp. z o.o.**, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40, **Ferrovial Servicios S.A.**, Calle Principe de Vergara Num 135, 28002 Madryd, Hiszpania zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1819/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala oba odwołania.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców: wspólnie ubiegających się o zamówienie: Budimex Budownictwo Sp. z o.o., 01-040 Warszawa, ul. Stawki, Ferrovial Servicios S.A., Calle Principe de Vergara Num 135, 28002 Madryd, Hiszpania (sygn. akt KIO 1816/12), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grawil Sp. z o.o., 87-800 Włocławek, ul. Komunalna 7 Oddział w Rudzie Śląskiej, **B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus”**, 44-107 Paniówki, ul. Działowa 1, **H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Hedar”**, 43-170 Łaziska Górne, ul. Hutnicza 3, **J..... O..... Usługi Transportowo Drogowo Mostowe**, 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 33, **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o.**, 42-360 Poraj, ul. 3 Maja 39, **Z..... W.....i Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa Import-Export**, 40-748 Katowice, ul. M. Trojoka 4 (sygn. akt KIO 1819/12) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: wspólnie ubiegających się o zamówienie: Budimex Budownictwo Sp. z o.o., 01-040 Warszawa, ul. Stawki, Ferrovial Servicios S.A., Calle Principe de Vergara Num 135, 28002 Madryd, Hiszpania (sygn. akt KIO 1816/12), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grawil Sp. z o.o., 87-800 Włocławek, ul. Komunalna 7 Oddział w Rudzie Śląskiej, B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus”, 44-107 Paniówki, ul. Działowa 1, H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Hedar”, 43-170 Łaziska Górne, ul. Hutnicza 3, J..... O..... Usługi Transportowo Drogowo Mostowe, 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 33, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o., 42-360 Poraj, ul. 3 Maja 39, Z..... W..... Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa Import-Export, 40-748 Katowice, ul. M. Trojoka 4 (sygn. akt KIO 1819/12), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Budimex Budownictwo Sp. z o.o., 01-040 Warszawa, ul. Stawki, Ferrovial Servicios S.A., Calle Principe de Vergara Num 135, 28002 Madryd, Hiszpania na rzecz zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, 40-017 Katowice, ul. Myśliwska 5 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grawil Sp. z o.o., 87-800 Włocławek, ul. Komunalna 7 Oddział w Rudzie Śląskiej, B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus”, 44-107 Paniówki, ul. Działowa 1, H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Hedar”, 43-170 Łaziska Górne, ul. Hutnicza 3, J..... O..... Usługi Transportowo Drogowo Mostowe, 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 33, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o., 42-360 Poraj, ul. 3 Maja 39, Z..... W..... Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa Import-Export, 40-748 Katowice, ul. M. Trojoka 4 na rzecz zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, 40-017 Katowice, ul. Myśliwska 5 kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A. od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Budimex Budownictwo Sp. z o.o., 01-040 Warszawa, ul. Stawki, Ferrovial Servicios S.A., Calle Principe de Vergara Num 135, 28002 Madryd, Hiszpania kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1816/12),

- B. od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grawil Sp. z o.o., 87-800 Włocławek, ul. Komunalna 7 Oddział w Rudzie Śląskiej, B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus”, 44-107 Paniówki, ul. Działowa 1, H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Hedar”, 43-170 Łaziska Górne, ul. Hutnicza 3, J..... O..... Usługi Transportowo Drogowo Mostowe, 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 33, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o., 42-360 Poraj, ul. 3 Maja 39, Z..... W..... Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa Import-Export, 40-748 Katowice, ul. M. Trojoka 4 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1819/12).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1816/12
KIO 1819/12

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, w trybie przetargu nieograniczonego na *kompleksowe utrzymanie autostrady A-1 na odcinku od węzła Pyrzowice (wraz z węzłem) do granicy państwa z Republiką Czeską w miejscowości Gorzyczki o długości 92,221 km w systemie „utrzymaj standard”* (nr postępowania: 27/Z-1/UtrzymajStandard/2012), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 87-143079 w dniu 30 kwietnia 2012 r., wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 27 sierpnia 2012 r. zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania uczestników tego postępowania: Budimex Budownictwo Sp. z o., Ferrovial Servicios S.A. (sygn. akt. KIO 1816/12), Grawil Sp. z o.o. Oddział w Rudzie Śląskiej, B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus”, H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Hedar”, J..... O..... Usługi Transportowo Drogowo Mostowe, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o., Z..... W..... Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa Import-Export, (sygn. akt KIO 1819/12). Kopie odwołań zostały przekazane zamawiającemu w dniu 27 sierpnia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej pismami przekazanymi do wykonawców faksem w dniu 16 sierpnia 2012 r.

I. Sygn. akt KIO 1816/12

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1816/12 odwołujący – konsorcjum w składzie: Budimex Budownictwo Sp. z o.o., Ferrovial Servicios S.A. (dalej zwani Konsorcjum Budimex) zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej na część 2 zamówienia przez konsorcjum w składzie: AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. (dalej zwani Konsorcjum AVR). Czynności zamawiającego zarzucił niezgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 90 ust.3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6, art. 7 ust. 1. Do naruszenia przywołanych przepisów doprowadziło zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR, które zaoferowało cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie złożyło wystarczających wyjaśnień uzasadniających jej wysokość, a do wyliczenia ceny oferty przyjęło niezgodną z przepisami stawkę podatku VAT. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny i badania ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum AVR oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Budimex.

W uzasadnieniu zarzutów, odwołujący wskazał na występującą znaczącą dysproporcję pomiędzy wysokością zaoferowanej przez Konsorcjum AVR ceny netto (32.143.618,51 zł.), a kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (88.599.502,63 zł. netto), która była podstawą wszczęcia przez zamawiającego procedury w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wysokości cen w pozostałych ofertach kształtowała się na poziomie pomiędzy 51.123.837,30 zł., a 64.401.639,67 zł. Również poziom cen na część 1 zamówienia kształtował się na zbliżonym poziomie, tj. od 51.560.562,76 zł. (najniższa) do 58.107.470,58 zł. (najwyższa). Odwołujący wskazał, iż do wyjaśnień Konsorcjum AVR nie załączyło jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie wystąpienia okoliczności, na jakie wskazywał w wyjaśnieniach, a dotyczące: wykonania zamówienia własnymi zasobami, stanu autostrady i gwarancji wykonawcy, doświadczenia własnego, sposobu wykorzystania sprzętu, uwzględnionych danych z rynku pracy i aktualnej sytuacji gospodarczej. Odwołujący zaprzeczając prawidłowości stanowiska zamawiającego, który uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy, wskazywał na zasadność wszczęcia procedury wyjaśnienia treści oferty w zakresie wysokości ceny. Na skutek wezwania zamawiającego wykonawca był zobowiązany wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę, które to stanowisko odwołujący poparł przywołanymi orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał na obowiązek udzielenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby na przeprowadzenie oceny wysokości ceny pod kątem ustalenia, czy nie jest ona rażąco niska. Wyjaśnienia lakoniczne traktowane są w orzecznictwie na równi z brakiem wyjaśnień, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, na okoliczność czego przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.08.2011 r., sygn. akt KIO 1568/11, z dnia 20.05.2010 r., sygn. akt KIO 730/10 z 01.03.2012 r., sygn. akt KIO 349/12 oraz z 10.06.2012 r., sygn. akt KIO 1078/12, KIO 1081/12.

Wyjaśnienia jakich udzieliło Konsorcjum AVR nie ukazywały w istocie wpływu okoliczności na wysokość ceny. Sprowadzały się one do wskazania niektórych elementów ceny i opisu, w jaki sposób będzie wykonywane zamówienie. Z przywołanego orzecznictwa KIO wynikać ma, iż czynniki, poza swym obiektywizmem muszą odnosić się do badanego wykonawcy i jego wyróżniać spośród innych wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny (wyrok KIO z dnia 31.08.2011 r., sygn. akt KIO 1793/11). Powołanie się na czynniki odnoszące się do zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, tak technicznych jak i osobowych, w ocenie odwołującego nie było wystarczające dla uzasadnienia braku wystąpienia rażąco niskiej ceny. Podawane kwoty (wynagrodzenia pracowników, koszt utrzymania MOP) stanowiły jedynie element kalkulacji ceny i miały charakter rynkowy, a zatem są właściwe wszystkim wykonawcom ubiegającym się o to

zamówienie (są stosowane na zbliżonym poziomie). Wykonawca wskazując na powyższe czynniki powinien udowodnić, w jaki sposób odnoszą się do jego oferty i wyróżniają ją spośród innych wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny. Wykonawca powinien zmierzać do wyjaśnienia zaistniałym rozbieżności pomiędzy pozostałymi ofertami, w tym pierwszą w kolejności ofertą odwołującego.

Odwołujący wskazał na wadliwe, jego zdaniem, założenia przyjęte przez Konsorcjum AVR do kalkulacji ceny w zakresie materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca przyjął rażąco zaniżoną ilość przewidywanej do użycia soli, chlorku wapnia, piasku w stosunku do założeń odwołującego. Wycenienia odwołującego opierały się na dotychczasowym doświadczeniu, ale przede wszystkim na wytycznych zamawiającego, który wskazał zalecane jednostkowe dawki chemikaliów do stosowania (załącznik do siwz – wytyczne zimowego utrzymania dróg) i założeniach meteorologicznych opartych o dane statystyczne z ostatnich 11 lat (od roku 2000). Zaniżone wielkości mają czynić kalkulację Konsorcjum AVR nierzetelną, a tym samym niewystarczającą dla stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Dowodzą braku rzetelności w zakresie kalkulacji ceny oferty i stanowić powinny podstawę do uznania ceny za rażąco niską na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

Zamawiający uznając przedmiotowe wyjaśnienia za wystarczające, nie dokonał prawidłowej i pełnej oceny tych wyjaśnień, przez co dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy.

W zakresie podstawy do odrzucenia oferty, której cena została skalkulowana w oparciu o nieprawidłową stawkę podatku VAT, odwołujący przywołał postanowienia siwz, w których zamawiający wymagał wskazania ceny netto za jeden miesiąc realizacji usługi, wartości netto i brutto ogółem za wykonanie całego przedmiotu zamówienia przez 72 miesiące, wraz z podaniem kwoty podatku VAT. Z przyjętych w ofercie Konsorcjum AVR wartości netto i brutto wynika, że dla obliczenia ceny przyjęta została stawka VAT w wysokości 16,59%, która nie jest znana polskiej ustawie o podatku od towarów i usług. Przyjęcie błędnej (nieistniejącej) stawki podatku VAT powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Taki skutek odwołujący wywodzi między innymi z uchwały SN z 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, której fragmentu przytoczył w odwołaniu.

W ocenie odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy pozostają bez znaczenia, gdyż przyjęty sposób obliczenia ceny – z rozbiciem na dwie części, dla których zastosowano różne stawki, nie jest zgodny z zapisami siwz. Zamawiający nie umożliwił rozbicia usługi na części i wskazania odrębnej ceny dla każdej z nich. W założeniu zamawiającego rozliczenia odbywać się miało na podstawie ceny ryczałtowej, określonej dla całej usługi, nie zaś poszczególnych części. W założeniu wykonawcy rozliczenie ma się odbywać na podstawie

cen jednostkowych, ustalonych dla poszczególnych części zamówienia, co czyni ofertę niezgodną z siwz i powinna być ona odrzucona na zasadzie określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Również na gruncie przepisów podatkowych, rozbitcie usługi kompleksowej na poszczególne usługi i doliczenie oddzielenie do każdej z nich stawki podatku VAT, czyniło kalkulację niezgodną z obowiązującymi przepisami. Swoją ocenę odwołujący poparł stanowiskiem Sądu Najwyższego (z wyroku z dnia 21.05.2002 r., sygn. akt III RN 66/01) oraz stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego (z wyroku z dnia 25.01.2007 r., sygn. akt I FSK 499/06), a także stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (z wyroku z dnia 27.10.2005 r., sygn. akt C-41/04 w sprawie Levob Verzekeringen BV oraz z wyroku z dnia 21.02.2008 r., sygn. akt C-425/06). W przywołanych orzeczeniach odwołujący wskazywał na podział czynności kompleksowej na czynność podstawową i czynności pomocnicze, dla których przyjmuje się stawkę podatku VAT właściwą dla czynności podstawowej. Tymczasem w przedmiotowym zamówieniu nie jest możliwe wyróżnienie czynności podstawowej, gdyż przedmiot stanowi grupa powiązanych ze sobą czynności. Nazwa przedmiotu zamówienia wskazuje na ujęcie usługi jako całość (kompleksowe utrzymanie Autostrady A1), a jej rozliczanie nastąpi miesięcznie, całościowo, bez rozdzielania na poszczególne elementy. Wobec powyższego przyjęty przez Konsorcjum AVR podział na dwie części, dla których należało zastosować dwie odrębne stawki, zdaniem odwołującego, jest niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego.

Błąd w obliczeniu ceny, nie podlegający poprawieniu, powinien prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum AVR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Do postępowania odwoławczego w dniu 30 sierpnia 2012 r. przystąpili po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. (dalej zwani Konsorcjum AVR), a po stronie odwołującego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Grawil Sp. z o.o., B..... Ł....., H..... Ł.....i, J.... O....., PUH „Drogpol” Sp. z o.o., Z..... W..... (dalej zwani Konsorcjum Grawil)

II Sygn. akt KIO 1819/12

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1819/12 odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Grawil Sp. z o.o., B..... Ł....., H..... Ł....., J..... O....., PUH „Drogpol” Sp. z o.o., Z..... W..... (dalej zwani Konsorcjum Grawil) zarzucił zamawiającemu wadliwe dokonanie wyboru oferty

najkorzystniejszej na część 1 zamówienia – konsorcjum Budimex Budownictwo Sp. z o.o. i Ferrovial Servicios S.A. (dalej Konsorcjum Budimex), a także wadliwą ocenę oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Transportowego C..... i A..... M..... Sp. Jawna oraz M..... B..... (dalej zwani Konsorcjum Mierzwa) prowadzące do naruszenia przepisów ustawy. W wyniku wskazanych czynności i zaniechania doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1 zamówienia, nakazanie ich powtórzenia, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex i Konsorcjum Mierzwa oraz dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Grawil. Z ostrożności, w związku z dodatkowym zarzutem naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z nie określeniem należytego sposobu obliczenia ceny, wniósł o nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał na podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum Mierzwa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, w których popełniono błąd w obliczeniu ceny polegający na wadliwym zastosowaniu w cenie ofertowej jednolitej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 23% do całości usług objętych przedmiotem zamówienia, podczas gdy prawidłowy sposób obliczenia ceny wymagał zastosowania dwóch stawek podatku od towarów i usług, to jest zarówno stawki w wysokości 23% co do części usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia oraz stawki w wysokości 8% co do pozostałej części usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje kompleksowe utrzymanie autostrady, których zakresem objęte są usługi utrzymania autostrad zarówno w lecie, jak i zimie. Jako opodatkowane stawką 8% odwołujący wskazał usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu, czy też usługi związane z zagospodarowaniem zieleni. Przedmiot zamówienia obejmuje różnorodne usługi związane z utrzymaniem autostrady, z których część podlega obniżonej stawce podatku VAT – 8%, a część podstawowej – 23%. Wskazał na możliwość świadczenia usług w sposób niezależny, gdyż nie są one ze sobą współzależne i nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i usługi pomocniczej. Zamawiający w siwz nie określił stawki podatku VAT, jaką wykonawcy byli zobowiązani zastosować przy obliczeniu ceny oferty brutto, wymagał natomiast podania wartości podatku VAT, bez wskazania zastosowanej stawki. Odwołujący powołał się na interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu wydaną na tle analogicznego stanu faktycznego – ILPP2/443-1536/11-4/MN z 17.02.2012 r., w której wskazuje się, iż usługi kompleksowego utrzymania autostrady to zbiór usług

podlegających opodatkowaniu różnymi stawkami podatku VAT, a nie jedna usługa kompleksowa podlegająca jednej stawce podatkowej.

Przyjęcie w obu ofertach jednej stawki podatku VAT, nie stanowiło omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 i powinno prowadzić do odrzucenia obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Z ostrożności procesowej wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy ponieważ nie wskazał w siwz stawek podatku VAT, jakie winny znaleźć zastosowanie, jak również nie wskazał zasad zastosowania tych stawek w kalkulacji ceny. W tej sytuacji to na wykonawcach spoczywała decyzja w tym zakresie, jednocześnie narażając na dowolność ocen zamawiającego co do tego aspektu oferty i na ryzyko sporządzenia oferty wadliwej. Zatem każda decyzja zamawiającego obarczona jest wadą polegającą na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego w dniu 31 sierpnia 2012 r. przystąpili po stronie zamawiającego: Budimex Budownictwo Sp. z o.o., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40, Ferrovial Servicios S.A, Calle Principe de Vergara Num 135, 28002 Madryt, Hiszpania (Konsorcjum Budimex).

Stanowisko Izby

Dla rozpoznania wniesionych odwołań w pierwszej kolejności należało ustalić stan prawny wiążący w sprawach rozpoznawanych łącznie. Odwołania będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostały do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym, zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań i skierowała je do rozpoznania na rozprawę.

Oddalając oba odwołania Izba rozpoznała łącznie zarzut wspólny dotyczący błędów w obliczeniu cen, a wynikający z przyjętych przez wykonawców do jej wyliczenia różnych

stawek podatku VAT. Izba uznała, iż oba odwołania są zbieżne w tym zakresie, a rozstrzygnięcie podniesionych zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy wymaga uwzględnienia okoliczności ustalonych w obu sprawach odwoławczych połączonych do wspólnego rozpoznania.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 27.04.2012 r. w tomie I w pkt. 10 zamieścił opis sposobu obliczenia ceny oferty, wyliczanej w oparciu o Formularz Cenowy, w którym należało wskazać cenę netto za jeden miesiąc realizacji usługi, wartość netto i brutto ogółem za wykonanie całego przedmiotu zamówienia przez 72 miesiące, wraz z podaniem kwoty podatku VAT. Wyliczona w Formularzu Cenowym odpowiednio dla danej części zamówienia, wartość brutto stanowić miała podstawę wyboru najkorzystniejszej oferty (pkt 10.3, tom I siwz). Zgodnie z punktem 10.4, cena netto za jeden miesiąc realizacji usługi stanowić ma miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe i powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym dysponowanie odpowiednią ilością personelu, sprzętu/narzędzi w celu prawidłowej realizacji zamówienia i wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w tomach II i III siwz, a także ryzyko wykonawcy z tytułu ich oszacowania oraz oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na te koszty.

W ofertach, w stosunku do których formułowano zarzuty popełnienia błędu w obliczeniu ceny, tj. oferty Konsorcjum AVR, oferty Konsorcjum Budimex oraz oferty Konsorcjum Mierzwa, wskazane zostały kwoty podatku VAT, stanowiące element kalkulacji ceny oferty brutto. Wykonawcy wypełnili formularz ofertowy, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, bez podania informacji o przyjętej dla obliczenia kwoty podatku VAT stawki podatkowej.

W pierwszej kolejności należało rozstrzygnąć, jaki wpływ dla oceny ofert miało ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT. Izba stanęła przed koniecznością wskazania nie tylko prawidłowej na gruncie przepisów podatkowych stawki VAT, ale również rozstrzygnięcia jej znaczenia dla możliwości stwierdzenia wystąpienia błędu w obliczeniu ceny oferty brutto. Punkt wyjścia dla ustalenia właściwej w ocenie Izby stawki podatku VAT stanowił opis przedmiotu zamówienia. Zakresem przedmiotu zamówienia nazwanego „Kompleksowe utrzymanie autostrady (...)”, objęte zostały czynności letniego i zimowego utrzymania autostrady, związane zarówno z naprawami infrastruktury, jak i pielęgnacją zieleni, czy też utrzymaniem należytego stanu drogi (odsnieżania, zmiatania, sprzątnięcia, utrzymania stanu nawierzchni drogi). Izba uznała, iż sama nazwa nadana temu zamówieniu nie miała decydującego znaczenia dla stwierdzenia, czy przedmiotowa usługa powinna być uznana za usługę kompleksową w znaczeniu, jakie przypisuje się na gruncie podatkowym. Charakter zamówienia oddaje bowiem szczegółowy zakres prac. Strony zgodnie twierdziły, iż nie jest możliwe przypisanie którejś z usług stanowiącej przedmiot zamówienia charakter

usługi zasadniczej, w stosunku do której pozostałe miałyby mieć znaczenie pomocnicze, tj. niezbędne do jej prawidłowego wykonania. Stanowisko to również potwierdziła Izba, gdyż każda z usług w zasadzie stanowi niezależne od siebie świadczenie, składające się na przedmiot zamówienia, których prawidłowe wykonanie jest od siebie niezależne i stanowi cel sam w sobie. Na gruncie przepisów podatkowych taka sytuacja wyklucza traktowanie całości zamówienia, jako jednej usługi o charakterze kompleksowym, którą dla celów podatkowych nie należy sztucznie dzielić. Tym samym Izba uznała, iż przedmiot zamówienia dla celów podatkowych powinien być traktowany, jako zbiór usług opodatkowanych z zastosowaniem właściwych dla nich stawek podatku VAT, tj. 8% lub 23%. Ustalenie to w przedmiotowym postępowaniu pozostawało bez wpływu na ocenę ofert, gdyż wprowadzony przez zamawiającego formularz cenowy, faktycznie uniemożliwił zweryfikowanie, czy podana kwota podatku VAT została obliczona z uwzględnieniem prawidłowej stawki VAT, a tym samym, czy w cenie oferty wystąpił błąd w jej obliczeniu. Wprawdzie w stosunku do oferty Konsorcjum Budimex, jak i oferty Konsorcjum Mierzwa, odwołujący wskazał, iż podane w tych ofertach kwoty podatku VAT wskazują na przyjętą stawkę 23% VAT, to jednak w przypadku oferty Konsorcjum AVR, dopiero z wyjaśnień tego wykonawcy wynikało, iż wynikała ona z przyjęcia dwóch stawek podatkowych. Zgodnie z generalną zasadą prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, konieczne było przeprowadzenie oceny ofert w oparciu o takie same wytyczne. Skoro zatem, w przypadku oferty Konsorcjum AVR, które miało przyjąć dla kalkulacji ceny oferty brutto dwie stawki podatkowe, nie było możliwe zweryfikowanie prawidłowości podanej kwoty podatku VAT (nie wiadomo, w jaki sposób wykonawca ustalił proporcje udziału poszczególnych prac w kwocie miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego), to należało również przyjąć jako prawidłowo obliczone kwoty podatku VAT podane przez innych wykonawców, w tym Konsorcjum Budimex (wybrane w zadaniu nr 1), jak i Konsorcjum Mierzwa. Dla stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny konieczne było przede wszystkim ustalenie, jaką stawkę podatku VAT należało przyjąć dla kalkulacji ceny brutto oferty, a następnie wskazanie, czy podana kwota podatku została obliczona prawidłowo. Ponieważ podana w formularzu oferty, jako wartość wyjściowa dla kalkulacji cena brutto oferty kwota za jeden miesiąc realizacji usługi nie zawierała rozbicia na poszczególne prace, nie było możliwe zweryfikowanie wartości podatku, w szczególności przy ustaleniu, iż dopuszczalne było przyjęcie dwóch stawek podatkowych tj. 8 % i 23 %. W ocenie Izby, samo ustalenie, iż stawka podstawowa nie była jedyną jaką należało uwzględnić, nie było wystarczające dla stwierdzenia wystąpienia błędu przy takim obliczeniu ceny. Izba uznała za konieczne dla spełnienia przesłanki do odrzucenia oferty istnienie możliwość ustalenia poprawności kalkulacji ceny. W sytuacji, gdy nie było możliwe ustalenie, jaka wysokość kwoty podatku VAT jest prawidłowa (jak miało to miejsce w przedmiotowym sporze), to samo wskazanie na

wysokość stawek 8% i 23% miało znaczenie wtórne. Skoro formularz oferty nie został przygotowany w ten sposób, aby uwzględnić różnorodność usługi, nie będącej usługą kompleksową z punktu rozumienia przepisów podatkowych, to wskazanie kwoty podatku VAT dla całości prac nie miało faktycznie znaczenia z punktu widzenia oceny prawidłowości obliczenia ceny. Ponieważ nie było możliwe zweryfikowanie, czy podana kwota podatku zawierała stawki prawidłowo uwzględniające udział usług korzystających ze stawki uprzywilejowanej, to prowadzi to faktycznie do wyłączenia spod kontroli poprawność kalkulacji ceny w tym elemencie. Konsekwencje te należało rozciągnąć na wszystkie oferty, w tym również na oferty, w których kwota podatku VAT była wyższa z uwagi na możliwość zastosowania przez część wykonawców stawki podstawowej do całości prac.

Izba oddaliła zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum AVR przyjmując, iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 13.08.2012 r. pozwalały na stwierdzenie, iż wykonawca uwzględnił wszystkie istotne koszty usługi, szczegółowo wskazane przez zamawiającego w opisie sposobu obliczenia ceny, tj. wynikające z koniecznej ilości personelu, sprzętu/narzędzi. Uwzględniając charakter usługi, której wycena opierała się w dużej części na danych obarczonych ryzykiem, tj. niepewnych co do przyszłego wpływu na wysokość kosztów (dane meteorologiczne), kalkulacje wykonawców mogły znacząco różnić się, co wynikało w szczególności z poziomu ryzyka, jakie zdecydowali się ponieść. Odwołujący – Konsorcjum Budimex szczególną uwagę poświęcił kalkulacji jednego elementu, tj. piasku, którego udział w całości kosztów prac jest znikomy, a dodatkowo niepewny z uwagi na wyjątkowe jego stosowanie (zgodnie z pkt 2.1.3, część III OPZ). Kalkulacja w tym elemencie oferty nie mogła, zdaniem Izby, przesądzać o nierzetelności wyceny całości prac. Przy ocenie wyjaśnień należało uwzględnić również okoliczność, iż przedmiotem szacunku wykonawców były nie tylko niezbędne do właściwego wykonania świadczenia nakłady rzeczowe, ale również konieczność właściwej oceny wpływu innych czynników mogących mieć wpływ na te koszty. Charakter przedmiotu zamówienia powodował, iż wycena kosztów wykonawcy, miała charakter szacunkowy, a zatem nie do końca mierzalny. Nie było zatem możliwe kategoryczne stwierdzenie, iż podana w ofercie Konsorcjum AVR cena brutto, jako nierealna powinna być uznana za rażąco niską. Sama różnica w wysokości cen nie mogła stanowić jedynej przesłanki do stwierdzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum AVR, co prowadziło w konsekwencji do oddalenia zarzutu w tym zakresie.

Izba oddaliła zarzut podniesiony z ostrożności przez odwołującego – Konsorcjum Grawil, naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy, mającego polegać na dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady

zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zarzut ten sprowadzał się przede wszystkim do zakwestionowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający zdaniem odwołującego nie określił należycie sposobu obliczenia ceny ofertowej, to jest nie wskazał konkretnych stawek podatku VAT i nie określił zasad ich stosowania w kalkulacji ceny ofertowej. Miało to wykluczać przeprowadzenie prawidłowej oceny ofert. Mając na uwadze wcześniejsze wywody Izby dotyczące dokonanej przez zamawiającego oceny ofert, Izba przyjęła, iż brak wskazania przez zamawiającego właściwej stawki podatku VAT nie uniemożliwiało dokonania oceny ofert na tych samych zasadach. Skoro na etapie poprzedzającym złożenie ofert, wykonawcy nie kwestionowali formularza oferty, jak i sposobu kalkulacji ceny, należało uznać, iż był on jednoznaczny i na obecnym etapie postępowania wiążący. Odrębną kwestię stanowiło to w jaki sposób zamawiający dokonał oceny ofert, która została poddana weryfikacji w związku z zarzutem zaniechania ofert, mających zawierać błąd w obliczeniu ceny.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). O kosztach zamawiającego Izba orzekła na podstawie złożonych przed zamknięciem rozprawy rachunków wystawionych odrębnie dla każdej ze sprawy połączonej do wspólnego rozpoznania, obciążając nimi każdego z odwołujących w danej sprawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....