

sygn. akt: KIO 293/13

Sygn. akt: KIO 293/13

## WYROK

z dnia 25 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2013 r. przez wykonawcę **Prote-Technologie dla Środowiska sp. z o.o., ul. Nieszawska 1, 61-021 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „VIG” Sp. z o.o. oraz Investeko S.A., ul. Sobieskiego 7; 41-300 Dąbrowa Górnicza,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Prote-Technologie dla Środowiska sp. z o.o., ul. Nieszawska 1, 61-021 Poznań** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Prote-Technologie dla Środowiska sp. z o.o., ul. Nieszawska 1, 61-021 Poznań** tytułem wpisu od odwołania.

**sygn. akt: KIO 293/13**

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Kontrakt nr 1 - Zaprojektowanie i wykonanie rekultywacji zbiornika odpadów niebezpiecznych i szkodliwych po zakładach <<Górka>> w Trzebini*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 sierpnia 2012 roku pod numerem 2012/S 165-273697.

Zamawiający dnia 29 stycznia 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dnia 8 lutego 2013 roku wykonawca Prote-Technologie dla Środowiska sp. z o.o., ul. Nieszawska 1, 61-021 Poznań (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) wyboru oferty konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „VIG” sp. z o.o. oraz Investeko S.A. (zwane dalej „*konsorcjum VIG*”),
- 3) utajnienia informacji konsorcjum VIG zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. Art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny polegającego na przyjęciu stawki podatku VAT w wysokości 8% zamiast 23%, w sytuacji gdy oferta odwołującego nie zawierała takiego błędu i odwołujący przyjął prawidłową stawkę podatku VAT.
2. Art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie wobec oferty konsorcjum VIG i brak odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji gdy oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu stawki podatku VAT w wysokości 23% zamiast prawidłowej stawki w wysokości 8%,
3. Art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1 pkt 2 oraz pkt 3 (*przyp. Izby: ustawa nie posługuje się w art. 90 ust. 1 punktami 2 i 3*) ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie wobec oferty

konsorcjum VIG i brak odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy oferta zawierała rażąco niską cenę.

4. Art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie i brak odrzucenia oferty konsorcjum VIG z uwagi na niezgodność oferty z s.i.w.z.,
5. Art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie i brak odrzucenia oferty konsorcjum VIG z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
6. Art. 8 ust 3 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe zastosowanie i nieujawnienie odwołującemu wyjaśnień konsorcjum VIG z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wyjaśnienia tego wykonawcy nie spełniały ustawowych przesłanek określonych w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niezbędnych od uznania wyjaśnień wykonawcy, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.
7. Art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie odwołującego polegające na nie ujawnieniu wyjaśnień konsorcjum VIG dotyczących rażąco niskiej ceny.
8. Art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i wybór oferty konsorcjum VIG, w sytuacji gdy ofertą korzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert określonych w s.i.w.z. jest oferta odwołującego.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum VIG,
- 3) powtórzenie czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) odtajnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum VIG dotyczących rażąco niskiej ceny,
- 5) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp, gdyż gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa, oferta odwołującego nie zostałaby odrzucona, oferta konsorcjum VIG zostałaby odrzucona i oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza.

Zamawiający, dnia 11 lutego 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 14 lutego 2013 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca/wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „VIG” Sp. z o.o. oraz Investeko S.A.

Zamawiający i zgłaszający przystąpienie wykonawca, na posiedzeniu złożyli pisma procesowe, w tym zamawiający, składając odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone przez przystępującego w ramach pisma procesowego, jak i dowody zgłoszone przez odwołującego stanowiące załączniki do odwołania, jak i te złożone na rozprawie, z wyłączeniem indywidualnych opinii podatkowych (odwołującego i przystępującego), sporządzonych przez doradców podatkowych stwierdzając, iż stanowią one jedynie subiektywną ocenę osób je sporządzających, jak i zbioru orzeczeń złożonego przez odwołującego, który Izba uznała za jedynie materiał poglądowy. Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego również „Wytycznych w zakresie wymagań (...)” opracowanych na rzecz Ministra Środowiska wskazując, iż materiał ten zawiera jedynie wytyczne dla projektantów, a definicje użyte w tych wytycznych nie odnoszą się do przepisów innych ustaw, w tym prawa budowlanego.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W celu oceny zasadności zarzutów sformułowanych w pkt 1 i 2 odwołania koniecznym jest dokonanie ustalenia charakteru zamówienia, w szczególności ustalenie jaki determinujący element zamówienia ma znaczenie przy ustaleniu prawidłowej stawki podatku VAT. Determinant ten powoduje bowiem odpowiedzialność wykonawcy co do ustalenia stawki

podatku VAT obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu wyrażający się konsekwencją, po stronie zamawiającego, w zakresie możliwości zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje bowiem zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zgodnie natomiast z uchwałami Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 roku, sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11, określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towaru i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki.

W przedmiotowym postępowaniu brak jest możliwości stwierdzenia, że oferta odwołującego i przystępującego zawiera omyłkę, którą można poprawić na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym konieczne jest ustalenie, która z ofert (odwołującego czy przystępującego) zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, przez nieprawidłowe zastosowanie stawki podatku od towarów i usług (VAT), złożył w przedmiotowym postępowaniu odwołujący. Tym samym czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, należy uznać za prawidłową.

Wykładni poszczególnych wyrażeń zawartych w dokumencie, w tym przypadku w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), czy studium wykonalności (SW), należy dokonywać uwzględniając kontekst, w jakim one występują. W szczególności trzeba więc mieć na względzie związki treściowe występujące między różnymi postanowieniami – tak, aby miały one spójną i rozsądną treść (por. orzeczenie SN z 19 stycznia 1989 r.; opubl. OSN 1990, poz. 8).

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści dokumentów wskazanych powyżej, jasno i precyzyjnie określił, co jest przedmiotem zamówienia. Stanowisko odwołującego, powołujące się na wykładnię celowościową przedmiotu zamówienia, przez ustalenie przedmiotu zamówienia w oparciu o tytuł zamówienia, nadany przez zamawiającego, zdaje się stanowiskiem błędnym. Jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie nie jest istotny tytuł umowy (zobowiązania), liczy się bowiem treść zobowiązania. W przypadku procedury udzielenia zamówienia publicznego, taką treścią przyszłego zobowiązania, jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z odpowiednimi załącznikami, które szczegółowo określają przedmiot świadczenia oraz projekt (wzór) umowy. Tak więc z treści tych dokumentów wynikać musi właściwy zakres świadczenia. Przyjmując, że odbiorcą ogłoszenia o zamówieniu (zakładając, iż jest to przyrzeczenie publiczne zawarcia umowy) jest określony krąg odbiorców (określone środowisko zawodowe), to trzeba przyjąć, że decydujące dla wykładni są reguły znaczeniowe wyspecjalizowanego języka (podsystemu) jakiejś grupy społecznej.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, oprócz opisu słownego, posłużył się następującymi kodami i nazwami CPV: 45112320-4: Rekultywacja, 45222110-3: Roboty budowlane w zakresie składowisk, 90500000-2: Usługi związane z odpadami, 90511000-2: Usługi wywozu odpadów oraz 71320000-7: Usługi inżynierskie w zakresie projektowania. Stawka podatku VAT na wyszczególnione działania jest uzależniona od precyzyjnego ustalenia zarówno czynności, którą podatnik wykonuje, jak i identyfikacji przedmiotu tej czynności, towaru lub usługi. Ze względu na ww. okoliczności, wynikające z programu funkcjonalno-użytkowego i studium wykonalności, zamawiający przyjął, że zgodnie z zasadami klasyfikacji statystycznej, tzn. Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) inwestycję należy zakwalifikować do kategorii - "Porzucone obiekty byłych terenów przemysłowych lub miejskich", które klasyfikowane są do symbolu PKOB-2420, jako "Obiekty inżynierii lądowej i wodnej pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane". Analogicznie, na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego i studium wykonalności, przyjęto, iż znaczna część zadania zakwalifikowana jest do grupy PKWiU 42.99.29 - to jest roboty i usługi realizowane przy wykonaniu zadania w obiekcie o symbolu PKOB 2420 i że całość inwestycji winna być opodatkowana jednolitą stawką VAT, tj. 23%, bez względu na to jakiej części obiektu roboty (usługi) dotyczą.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie wskazał stawki podatku VAT, jaką mają przyjąć wykonawcy do kalkulacji ceny ofertowej. Część s.i.w.z. poświęcona sposobowi kalkulacji ceny ofertowej zawiera wskazówkę, iż podatek VAT należy ustalić zgodnie z przepisami dotyczącymi podatku od towarów i usług (pkt 13.5. s.i.w.z.), a we wzorze formularza oferty (zał. nr 3 do s.i.w.z.) zamawiający pozostawił miejsce na wpisanie przez wykonawców przyjętej stawki podatku VAT.

Odwolujący, przypisuje pojęciu „rekultywacja” ujętego w nazwie zadania, szczególnie ważne i zdaje się decydujące znaczenie determinujące przedmiot zamówienia. Odnosi się do definicji rekultywacji zawartej w ustawie z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (Dz. U. z 2004 r. Nr 121, poz. 1266 z późn. zm.), aby wykazać, iż przedmiotem zamówienia są wyłącznie usługi rekultywacji.

Pogląd ten, w ocenie Izby, jest błędny.

Izba, w powyższym zakresie, popiera stanowisko zamawiającego i przystępującego. Wskazuje, że tereny, na których będzie wykonywane zamówienie nie są gruntami rolnymi lub leśnymi w rozumieniu tej ustawy. Grunty rolne w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt. 1 ustawy to m. in. grunty określone w ewidencji gruntów, jako użytki rolne i nimi będące. Grunty, na których ma być wykonane zamówienie to teren starego kamieniołomu. Tereny te są terenami po przemysłowych nieistniejących już Zakładach Surowców Ogniotrwałych „Górka”, w którym eksploatowano wapień i margle. Jest więc trwałym nieużytkiem, który nie zalicza się do gruntów rolnych. W przypadku rekultywacji prowadzonej na podstawie tej ustawy właściwy

organ określony w art. 20 wydaje decyzję nakazującą właścicielowi terenu wykonanie określonych czynności, której to decyzji w tej sprawie nie było, jednakże zgodnie z art. 22 a ustawy „Przepisów art. 20 i 22 nie stosuje się do rekultywacji gruntów, które zostały zanieczyszczone substancjami, preparatami, organizmami lub mikroorganizmami, 2, Do rekultywacji gruntów, o których mowa w ust. 1, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie(Dz. U. Nr 75, poz. 493)”. Zatem w sprawie gruntów objętych zamówieniem nie stosuje się w ogóle ustawy z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych, a tym bardziej definicji zawartej w tej ustawie.

Jak to wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w następstwie wymogów PFU, STW i decyzji Burmistrza Miasta Trzebinii z dnia 18 listopada 2010 r. o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia mogącego zawsze znacząco oddziaływać na środowisko, przedmiotem zamówienia jest *de facto* wykonanie izolacji istniejącego naturalnego zbiornika położonego w starym kamieniołomie, w którym znajdują się odpady - od gleby i wód opadowych i podziemnych.

W opisie przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, co wchodzi w zakres zamówienia, tj.: wykonanie projektu budowlanego wraz z jego zatwierdzeniem i uzyskaniem stosownych pozwoleń na budowę, wykonanie szeregu robót budowlanych wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną. Czynności te, w ślad za rozróżnieniem procesu rekultywacji, należą do rekultywacji technicznej i wiążą się z zaprojektowaniem i wykonaniem szeregu budowli (art. 3 pkt. 3) i robót budowlanych (art. 3 pkt. 7) w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.), a także związanych z nimi robót technicznych ziemnych o charakterze pomocniczym. Wszystkie roboty opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. 3.1 - 3.4.10 to usługi z zakresu robót budowlanych lub z nimi nierozzerwalnie związane. Zamawiający zwrócił również uwagę na szereg uprawnień do wykonywania prac budowlanych wymaganych od osób wykonujących zamówienie z zakresu prawa budowlanego. Usługi wymienione w pkt. 3.4.11 s.i.w.z. zawierają elementy mieszane rekultywacji technicznej i biologicznej, jednakże z przewagą elementów technicznych sprowadzających się do robót budowlanych, w tym także robót ziemnych. Prace te mieszczą się w pojęciu robót budowlanych gdzie indziej niesklasyfikowanych wg PKWiU, które to roboty budowlane nie muszą być tożsame z robotami budowlanym zdefiniowanymi w Prawie budowlanym, gdyż są to odrębne przepisy zawierające autonomiczne definicje, podobnie jak roboty budowlane, o których mowa w kodeksie cywilnym nie są tożsame z robotami budowlanym w prawie budowlanym.

Niemniej jednak wszelkie te prace są ze sobą nierozzerwalnie związane z uwagi na przedmiot, na którym mają być wykonywane i ich zakres. Nie jest możliwe bowiem



wykonanie prac rekultywacyjnych takich np. jak rekultywacja przyrodnicza powierzchni hałdy odpadów, czy usunięcie i oczyszczenie zalegającej z dna wyrobiska cieczy bez wykonania prac budowlanych umożliwiających przemieszczenie znajdujących się na terenie składowiska odpadów. Podkreślenia wymaga, że przedmiot zamówienia odpowiada wariantowi IV zawartemu w raporcie o oddziaływaniu na środowisko, opisanemu w decyzji Burmistrza Miasta Trzebinii z dnia 18 XI 2010 r. o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia mogącego zawsze znacząco oddziaływać na środowisko, który polega na przełożeniu części odpadów w ramach wyrobiska, utworzeniu wąwozu w rejonie źródłiskowym i ujęciu wód oraz wykonaniu szczelnej izolacji powierzchni hałdy, szczegółowo opisanemu w pkt I. 2 decyzji środowiskowej.

Wskazać należy, iż zależnie od rodzajów prac inwestycyjnych odróżnia się w tej materii umowy (umowy o roboty budowlane), które dotyczą:

- 1) prac projektowych w dziedzinie inwestycji, a w szczególności: opracowania założeń inwestycji, projektów szczegółowych wraz z odpowiednią dokumentacją kosztorysów realizacji inwestycji,
- 2) prac dotyczących wykonania robót: a) geologicznych i geodezyjno-kartograficznych i in., b) budowlanych i montażowych, tj. dotyczących realizacji poprzednio przygotowanych projektów,
- 3) prac o charakterze pełnienia nadzoru nad właściwą realizacją projektów inwestycyjnych (tzw. nadzór autorski). (W. Czachórski „Zobowiązania. Zarys wykładu” Wydanie VIII zmienione z suplementem; Warszawa 2003).

Powyższe wskazuje, iż przedmiot zamówienia zawierający, jako świadczenie główne – roboty budowlane, winno być opodatkowane podstawową stawką podatku VAT, w wysokości 23 %.

Ponadto Izba wskazuje na dodatkowe elementy, które winny ukierunkować wykonawców na sposób zakwalifikowania przedmiotu oferty, tj. ogłoszenie o zamówieniu, gdzie w sekcji II.1.1. zamawiający podając nazwę przedmiotu zamówienia określił ją, jako „Zaprojektowanie i wykonanie (...)”. Zgodnie z przepisem art. 31. 1. ustawy Pzp - zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. 2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (co znajduje swoje odzwierciedlenie w dokumentacji przedmiotowego postępowania) w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Sekcja II.1.2. ogłoszenia o zamówieniu, gdzie zamawiający zaznaczył, że głównym świadczeniem będzie robota budowlana w systemie zaprojektuj i buduj. Kolejny element ogłoszenia to sekcja II.1.5., gdzie zamawiający podał, iż

„1. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie rekultywacji zbiornika odpadów niebezpiecznych i szkodliwych po zakładach „Górka” w Trzebini w ramach Projektu dofinansowanego ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko Priorytet: II Gospodarka odpadami i ochrona powierzchni ziemi Działanie: 2.2 Przywracanie terenom zdegradowanym wartości przyrodniczych i ochrona brzegów morskich. 2. Prace muszą być zrealizowane zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) (stanowiącym załącznik nr 1 do siwz) oraz Studium Wykonalności (stanowiącym załącznik nr 2 do siwz), przy czym ich realizacja będzie poddana niezależnej kontroli zamawiającego oraz nadzoru inwestycyjnego. 3. Przedmiotem zamówienia jest w szczególności opracowanie projektu budowlanego, wraz z zatwierdzeniem przez właściwe organy i uzyskaniem stosownych decyzji o pozwoleniu na budowę, projektów wykonawczych, przedmiarów i kosztorysów uproszczonych z zestawieniem materiałów, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOR), a następnie realizacja robót wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną, zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym, opracowaną dokumentacją projektową i zasadami wiedzy technicznej, oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej.(...)”.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie roboty budowlanej, objętej 23 % stawką podatku VAT, co oznacza, że odwołujący złożył ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny, usankcjonowany odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie wobec oferty konsorcjum VIG i brak odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy oferta zawierała rażąco niską cenę – Izba uznała za niezasadny.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 3 oferty, złożone przez:

- 1) Konsorcjum Hydrogeotechnika sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Geologiczne sp. z o.o. - wartość netto oferty: 23 949 000,00 zł,
- 2) Odwołującego - wartość netto oferty: 17 550 000,00 zł,
- 3) Przystępującego – wartość netto oferty: 10 650 000,00 zł.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 22 908 205,03 zł.

Po otwarciu ofert zamawiający wszczął procedurę, o której mowa w art. 90 ustawy Pzp.

W pismach z dnia 29 października 2012 roku oraz 22 stycznia 2013 roku przystępujący szczegółowo wyjaśnił sposób ustalenia ceny, powołując okoliczności, które w ocenie przystępującego miały determinujący wpływ na ustalenie ceny ofertowej, tj.: znacznie krótszy

niż założony przez zamawiającego termin realizacji, skutkujący znacznym obniżeniem kosztów stałych, sprzyjające warunki do realizacji takie jak: dostępność materiałów i surowców z miejsc położonych w bliskich odległościach od lokalizacji inwestycji, ich korzystne ceny rynkowe, pełna dostępność własnego sprzętu wykonawcy i podwykonawcy niezbędnego do wykonania prac rekultywacyjnych i ziemnych, co nie obciąża dodatkowymi kosztami finansowymi, stosowanie nowych technologii obniżających koszty. Przystępujący podał także zakładany zysk oraz rezerwę na nieprzewidziane koszty.

Wykonawca podał konkretne ceny poszczególnych elementów prac, wyszczególniając te, które będą wykonywane przez podwykonawców, wskazując tych podwykonawców, ceny za jakie ich usługi będą wykonywane oraz załączył dokumenty stanowiące zapewnienie tych podwykonawców stosowania cen podanych w wyjaśnieniu. Podał także przy niektórych pracach, iż będą wykonywane określonymi metodami, które znacznie ograniczą koszty, oraz odwołał się do cen stosowanych przy tego rodzaju pracach na innej inwestycji.

Ponieważ zakładany przez przystępującego sposób oczyszczenia i usunięcia cieczy z dna zwałowiska budził wątpliwości, co do zgodności z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wystąpił do przystępującego o wyjaśnienie powstałych wątpliwości.

W odpowiedzi, przystępujący przedstawił swoje stanowisko. Stanowisko to zostało zweryfikowane przez biegłego powołanego przez zamawiającego w sposób, który potwierdził dopuszczalność metod stosowanych przez wykonawcę.

W ocenie Izby, wyjaśnienia udzielone przez przystępującego są wystarczające, kompletne i wiarygodne, uzasadniające obiektywne czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Nadto wskazać należy, że przystępujący wyjaśnienia swoje poparł ofertami handlowymi datowanymi sprzed daty składania ofert w odróżnieniu od odwołującego, który złożył oferty handlowe z dat zdecydowanie późniejszych (około odwoławczych), różnica ok. 4 miesięcy. Zwrócić również należy uwagę na fakt, że oferty wykazane przez przystępującego pochodzą z okresu, kończącego „sezon budowlany”, przez co mogą być korzystniejsze z uwagi na zabezpieczenie podwykonawców (składających swoje oferty cenowe przystępującemu), wykorzystania ich potencjału na przyszły sezon (troska o przyszłe kontrakty – 2013 r.).

Nie bez znaczenia dla oceny cen jest także fakt realizowania umowy przez wykonawcę działającego w konsorcjum, co umożliwi połączenie potencjałowo dwóch podmiotów, które się uzupełniają w przedsięwziętych działaniach i fakt wykonywania podobnej umowy w Ogrodzieńcu, a więc w miejscowości oddalonej o ok. 80 km do miejsca inwestycji, co daje rozeznanie, co do cen miejscowych towarów i usług oraz rozeznanie wśród miejscowych podwykonawców. Faktem powszechnie znanym jest także, iż w przypadku stałej współpracy

kontrahenci stosują znaczne upusty i rabaty przy zakupie wielkości hurtowych, osiągane w drodze indywidualnych negocjacji, bez okazywania ich w cennikach ogólnie dostępnych.

Zaznaczyć należy, że oferowane przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu ceny wykonania zamówienia, to ceny ryczałtowe. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wymagała złożenia kosztorysów ani obmiarów, a takie wyliczenia nie zostały przedstawione w żadnej z ofert, więc ich porównanie może być jedynie szacunkowe.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ustęp 2 omawianego przepisu stanowi, iż zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący w sposób rzetelny i dokładny, biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, uzasadnił zasadność przedstawionej ceny ofertowej. Wskazać bowiem należy na okoliczność, iż postępowanie prowadzone w systemie „zaprojektuj i buduj” pozwala wykonawcy na dokonanie ustaleń, które w sposób możliwie komercyjny, umożliwią zrealizowanie przedmiotu umowy, za cenę podaną w ofercie.

Tym samym Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutów dotyczących naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie i brak odrzucenia oferty konsorcjum VIG z uwagi na niezgodność oferty z s.i.w.z., oraz art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie i brak odrzucenia oferty konsorcjum VIG z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – Izba stwierdziła, że zarzuty są bezzasadne.

Izba zwraca uwagę na brak uzasadnienia do stawianych zarzutów. Odwołujący uzasadniając pierwszy ze wskazanych zarzutów wskazał, iż *„Doświadczenie Odwołującego prowadzi do wniosku, że wykonanie przedmiotu umowy za podaną cenę będzie możliwe jedynie w przypadku zmiany technologii wykonania. Ta jednak została narzucona przez zamawiającego w s.i.w.z. i PFU. Zmiany technologii spowodują więc niezgodność treści oferty z s.i.w.z., co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.”* W zakresie zaś drugiego zarzutu odwołujący podniósł, iż *„Wykonawca VIG oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia poniżej jego kosztów. Stanowi to czyn nieuczciwej*

*konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oferta Wykonawcy VIG podlega, więc odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Ustawy.”.*

Tak ogólnikowo sformułowane stwierdzenia odwołującego nie kreują zarzutu w ujęciu takim, o jakim mowa jest w ustawie Pzp. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 925/11 *„Dla uznania, iż zarzut został postawiony, a zatem o jego istnieniu, koniecznym jest, aby Odwołujący wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne stanowiące podstawę i uzasadnienie jego postawienia. Nie wystarczy jedynie, iż na etapie odwołania będzie się on opierał na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie podnosi. Podniesienie zarzutu jest bowiem postawieniem tezy - Odwołujący, formułując ją, jest zobowiązany wskazać jakie, konkretnie zachowanie Zamawiającego lub zaniechanie przez niego działania, do którego powzięcia był zobowiązany na mocy ustawy, stanowi naruszenie konkretnego przepisu ustawy. Jest zobowiązany wskazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem Zamawiającego lub jego brakiem, a obowiązującą normą prawną, sformułować tezę o naruszeniu tejże normy przez Zamawiającego. Tym samym sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie mogą mieć charakteru blankietowego - muszą być wypełnione »treścią« - muszą odnosić się do konkretnego działania lub jego zaniechania przez Zamawiającego.”.*

Izba zdaje sobie sprawę z faktu, iż wyjaśnienia przystępującego, co do rażąco niskiej ceny zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, ale odwołujący nie może koncentrować swojej argumentacji jedynie o brak możliwości dostępu do tych wyjaśnień. Zwrócić bowiem należy uwagę na okoliczność, oczywiście czysto hipotetyczną, w której zamawiający nie zwróciłby się do przystępującego o złożenie przedmiotowych wyjaśnień. W tymże przypadku odwołujący posiadałby dokładnie takim sam stan wiedzy. W związku z powyższym wskazywana przez odwołującego argumentacja nie znajduje u Izby logicznego uzasadnienia, a tym bardziej aprobaty.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe zastosowanie i nieujawnienie odwołującemu wyjaśnień konsorcjum VIG z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wyjaśnienia tego wykonawcy nie spełniały ustawowych przesłanek określonych w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niezbędnych od uznania wyjaśnień wykonawcy, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, że zastrzeżenie skarżonych informacji zostało poczynione z naruszeniem prawa. Wskazać należy, iż wyjaśnienia przystępującego zawierały kalkulację składników ceny oferty oraz szczegółowy opis w tym zakresie,

a ponadto opis czynników wpływających na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp. W ocenie Izby, powyższe informacje nie są powszechnie dostępne, mają charakter handlowy, a przez to posiadają istotną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, w związku z czym nie ma podstaw do ich udostępnienia innym wykonawcom, w tym odwołującemu.

Nadto wskazać należy, że dokonane przez przystępującego zastrzeżenie wyjaśnień ceny było w pełni uzasadnione. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca wskazał i omówił obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak również przedstawili żadaną przez zamawiającego informację dotyczącą składników ceny mających decydujące znaczenie dla kalkulacji łącznej ceny oferty.

Dodatkowo wyjaśnienia złożone przez przystępującego zawierają szczegółowe informacje, co do sposobu skalkulowania ceny, w tym co do kosztów, jakie planuje ponieść przystępujący w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja przystępującego będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować na ile przystępujący wycenił swoje usługi w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze.

W powyższym zakresie na aprobatę zasługują wyroki KIO: z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 995/12, w którym Izba stwierdziła m.in., że: *(...) szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem min, kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające szczegółowe zestawienia w zakresie kalkulacji cenowej, kopie ofert poddostawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawione w piśmie z dnia 9 maja 2012 r. w ocenie Izby zawierają informacje handlowe niosące ze sobą wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy pozostające w związku z informacjami, które zostały złożone w ofercie i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa*, oraz z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/ 1432/12, zgodnie z którym: *„(...) zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych*

*względów Izba nie dopatrzyła się działaniach Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.”, jak również z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 217/12, w którym: „Izba uznała, że dokumenty zawarte, jako załącznik (...) zostały przez zamawiającego ocenione prawidłowo jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokumenty na tych bowiem załącznikach zawarte dotyczą ofert podwykonawców, umów o nadzór autorski, umów na opracowanie dodatkowej dokumentacji, rachunków i faktur na podstawie, których przystępujący szacował ceny poszczególnych elementów oferty, oferty dotyczące dojazdów, wykazanie przyjętej kalkulacji związanej z możliwością łączenia czynności nadzoru autorskiego (wyjazdów) w ramach różnych umów o nadzór autorski dla kilku zamawiających itp. czyli inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Te informacje wskazują na rynki zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów.”.*

Izba wskazuje również, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił postawionego zarzutu, tj. nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, iż informacje zastrzeżone przez przystępującego w złożonych wyjaśnieniach ceny nie spełniają warunków uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący błędnie przyjął, że to na zamawiającym i przystępujących spoczywa ciężar dowodu w niniejszej sprawie.

W związku z powyższym, za niezasadne należało uznać zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tym samym na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

sygn. akt: KIO 293/13

Przewodniczący: .....