

Sygn. akt: KIO 1170/12

**WYROK**  
**z dnia 20 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe "BUDKOM" Sp.J. Janusz Hofman i Kazimierz Kosecki, ul. Łódzka 114-120, 62-800 Kalisz** w postępowaniu prowadzonym przez **PGL Lasy Państwowe Nadleśnictwo Antonin, ul. Wrocławska 11, 63-421 Przygodzice**.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe "BUDKOM" Sp.J. Janusz Hofman i Kazimierz Kosecki, ul. Łódzka 114-120, 62-800 Kalisz** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe "BUDKOM" Sp.J. Janusz Hofman i Kazimierz Kosecki, ul. Łódzka 114-120, 62-800 Kalisz** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe "BUDKOM" Sp.J. Janusz Hofman i Kazimierz Kosecki, ul. Łódzka 114-120, 62-800 Kalisz** na rzecz **PGL Lasy Państwowe Nadleśnictwo Antonin, ul. Wrocławska 11, 63-421 Przygodzice** kwotę **4 019 zł 59 gr** (słownie: cztery tysiące dziewiętnaście złotych

pięćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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 Kaliszu.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Pismem z dnia 4 czerwca 2012r. wniesiono odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego Nadleśnictwo Antonin w Przygodzicach.

Odwołanie złożył Budkom Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Janusz Hofman i Kazimierz Kosecki spółka jawna w Kaliszu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lutego 2012r. pod poz.2012/S 40-064 463.

Przedmiotem postępowania jest przebudowa dwóch zbiorników malej retencji na terenie Nadleśnictwa Antonin: Goszczyn i Piec Dolny.

Zadanie zostało podzielone na dwie części

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art.180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. –Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. j. t. z 2010r. Nr 113, poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” w związku z:

1. wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kan-Wod Szymkowiak Ewa, Mucha Marcin spółka jawna (Kan-Wod) w obydwu częściach zamówienia.,
2. wykluczenia z postępowania odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Wskazany powyżej czynnościom odwołujący zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy:

1. art.26 ust.3 ustawy w ten sposób, że wszystkie dokumenty złożone na wezwanie zamawiającego potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert,
2. art.26 ust.4 i art.87 ust.1 w ten sposób, że zamawiający dokonał wykładni uzupełnionych dokumentów przez odwołującego bez żądania wyjaśnień,
3. art.65 k.c. w związku z art. 14 ustawy przez dokonanie błędnej wykładni uzupełnionych dokumentów przez odwołującego oraz treści złożonych przez Kan-Wod ofert w tym postępowaniu,

4. art. 87 ust.2 ustawy oraz art. 65 k.c. w związku z art.14 ustawy poprzez dokonanie niewłaściwej wykładni oferty złożonej przez Kan- Wod i pośrednio dokonanie poprawienia oferty Kan-Wod przez jej wykładnię,
5. art.89 ust.1 poprzez odrzucenie oferty odwołującego a nie odrzucenie oferty Kan-Wod na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 lub pkt 6 ustawy,
6. art.24 ust.2 pkt 4 i ust.4 poprzez wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty pomimo braku podstaw,
7. art.91 ust.1 poprzez dokonanie wyboru oferty Kan-Wod, która powinna ulec odrzuceniu i nie dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący żąda unieważnienia czynności zamawiającego dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy i ich powtórzenia.

W uzasadnieniu złożonego odwołania powołano się na treść art. 65 kodeksu cywilnego wywodząc z jego zapisu niewłaściwą ocenę okoliczności i treści złożonych dokumentów związanych z wezwaniem do ich przedłożenie jak ich uzupełnienia w związku z przedłożoną ofertą. Na tej samej podstawie prawnej uzasadniono niewłaściwą ocenę treści złożonej oferty przez wykonawcę wybranego co do zarówno części pierwszej jak i drugiej zamówienia. W ocenie odwołującego, wykonawca wybrany zamiast dwóch ofert złożył trzy oferty, gdzie w jednej z części popełnił błąd w wyliczeniu ceny stosując niewłaściwy podatek VAT a przez to błędnie wyliczył cenę.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Skierowanie sprawy na rozprawę.

Izba nie stwierdziła spełnienia jakiegokolwiek przesłanki ustawowej z art. 189 ust.2 w związku z tym po myśli art.189 ust.4 ustawy skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Interes do wniesienia odwołania.

Na podstawie protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia Izba ustaliła, że biorąc pod uwagę ustalone kryterium ceny jako ocenę ofert, oferta odwołującego gdyby nie była odrzucona zajęłaby drugą pozycję po ofercie wybranej. Odwołujący żądając odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, w sytuacji uwzględnienia odwołania zajęłby pierwszą pozycję i uzyskałby zamówienie. Tym samym spełniają się po jego stronie przesłanki ustawowe z art.179 ust.1 ustawy do wniesienia odwołania.

Zarzut Nr1,3, 5, 6 naruszenia

art.26 ust.3 ustawy w ten sposób, że wszystkie dokumenty złożone na wezwanie zamawiającego potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert;

art.65 k.c. w związku z art. 14 ustawy przez dokonanie błędnej wykładni uzupełnionych dokumentów przez odwołującego;

art.89 ust.1 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego;

art.24 ust.2 pkt 4 i ust.4 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty pomimo braku podstaw.

Izba ustaliła.

Izba przeprowadziła na rozprawie dowody z następujących dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia.

Z pisma z dnia 27 kwietnia 2012r., w którym zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art.26 ust.3 ustawy do uzupełnienia dokumentów.

W piśmie tym wyspecyfikował w następujący sposób brakujące dokumenty.

Zażądał brakującego w ofercie oświadczenia w trybie art. 22 ustawy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Zażądał brakującego w ofercie oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania zgodnie z treścią art.24 ustawy.

Zażądał doręczenia w zamian nieprawidłowo złożonego w ofercie Wykazu osób za pomocą, których będzie wykonywał zamówienie. Wyjaśnił w wezwaniu, że wykonawca startował na dwie części, czyli powinien złożyć wykaz z podaniem co najmniej 12 osób, zgodnie z zapisem siwz w punktach VIII C.2.2) i C.3.2. oraz VII.4. Wskazał, że odwołujący podał jedynie 7 osób, bez podania, której części wykaz dotyczy.

Z pisma z dnia 8 maja 2012r., w którym odwołujący za pismem przewodnim przesłał: oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w oparciu o art.22 ustawy, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ustawy oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zawiera datę 07.05.2012r. zarówno w nagłówku pisma jak przy podpisie osoby składającej oświadczenie.

Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia również zawiera datę 07.05.2012r. zarówno w nagłówku pisma jak przy podpisie osoby składającej oświadczenie.

Tak samo oświadczenie Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zawiera datę 07.05.2012r. zarówno w nagłówku pisma jak przy podpisie osoby składającej oświadczenie.

Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że termin składania ofert upłynął w dniu 04.04.2012r.

Izba zważyła.

Zarzut jest bezzasadny.

Z treści art.26 ust.3 ustawy wynika, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert.

Skoro termin składania ofert upłynął w dniu 4 kwietnia 2012, a złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia noszą datę 7 maja 2012r. to odwołujący nie wypełnił wymogu co do dat złożenia oświadczeń.

Odwołujący na poparcie swojego twierdzenia o nie naruszeniu wymogu art.26 ust.3 ustawy powołał przepis art. 65 kodeksu cywilnego oraz sformułowanie zawarte w oświadczeniach o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu oraz o nie wykluczeniu z postępowania, w których zawarte jest stwierdzenie „przystępując do postępowania”. Według przekonania odwołującego oznacza to, że oświadczenia zostały złożone co najmniej na datę upływu terminu składania ofert. Bowiem w jego ocenie zamawiający dokonując weryfikacji złożonych oświadczeń nie powinien sugerować się datami naniesionymi na oświadczeniach a okolicznością złożenia tychże oświadczeń to jest w związku z przystąpieniem do przetargu i wezwaniem do uzupełnienia oświadczeń. Dlatego na poparcie swojego stanowiska w sprawie przywoływał treść pisma przewodniego z dnia 8 maja 2012r. z którego wynika, że oświadczenia składa do przedmiotowego przetargu i w związku z wezwaniem na podstawie art.26 ust.3 ustawy do złożonej w dniu 04.04.2012r. oferty.

Z samej treści art.65 §1 k.c. wynika, że oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostały, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Argumentacji odwołującego nie można przyznać racji, ponieważ w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przepisy kodeksu cywilnego stosuje się, jeżeli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Na powyższe wskazuje brzmienie art.14 ustawy. Zgodnie z nim do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy kodeks

cywilny, jeżeli przepisy ustawy to jest ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

W ocenie Izby przepis art. 26 ust.3 szczegółowo i jednoznacznie określa, że uzupełnione czy też brakujące oświadczenia muszą potwierdzać spełnienie warunków udziału najpóźniej na datę upływu terminu składania ofert. Przepis odnosi się wprost do składanych oświadczeń oraz dokumentów, a nie okoliczności w jakich zostały złożone. Tym samym wyklucza istnienie w tym zakresie ustalonych zwyczajów czy też okoliczności ich składania. Reasumując wymóg spełnienia warunków udziału na dzień najpóźniej składania ofert jest konkretny i nie budzi żadnych wątpliwości zarówno w praktyce przetargowej, jak i w orzecznictwie i doktrynie.

Przedstawiony w treści odwołania i podnoszony na rozprawie zarzut odwołującego, że żądając dat najpóźniej na dzień składania ofert wymusza się na odwołującym antydatowania dokumentów, oświadczeń jest nieuprawniony. Bowiem nie ma potrzeby nawet w samych oświadczeniach czy dokumentach ukrywania daty ich sporządzenia, ale z samej ich treści powinno jednoznacznie wynikać, że warunki czy to z art. 22 ustawy, czy to z art. 24 ustawy, czy to warunki dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, były spełnione najpóźniej na dzień składania ofert to jest w tym wypadku na dzień 04.04.2012r.

Natomiast zapoznając się z treścią przedmiotowych oświadczeń takiej wiedzy zamawiający nie uzyskuje. Bowiem jak już wyżej opisano przedmiotowe oświadczenia w dwóch miejscach zawierają daty 07.05.2012r. to jest zarówno w nagłówku jak i przy podpisie oświadczeń. Innych dat w tych pismach nie zamieszczono, ani innych okoliczności spełnienia warunków nie przedstawiono. Z kolei z samego stwierdzenia „przystępując do postępowania” w sprawie zamówienia publicznego (...) Ja niżej podpisany (...) oświadczam, że Wykonawca którego reprezentuję spełnia warunki udziału w postępowaniu „(...) cz też (...) „oświadczam, że ww. Wykonawca nie podlega wykluczeniu”(…) wcale nie wskazują, że najpóźniej w dniu upływu terminu składania ofert to jest w dniu 04.04.,2012r. odwołujący spełniał postawione warunki. Chybiona argumentacja w zakresie użytego zwrotu ”przystępując do postępowania” tym bardziej nie odnosi się do trzeciego oświadczenia to jest Wykazu osób. W tym z kolei oświadczeniu odwołujący nie używa takiego zwrotu ale jak w powyższych oświadczeniach dwukrotnie powtarza datę 07.05.2012r. to jest w nagłówku pisma jak i przy podpisie odwołującego.

Z kolei podnoszona na rozprawie argumentacja, że wykaz był prawidłowo sporządzony do oferty, również jest nie trafiona. Po pierwsze odwołujący wezwania zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2012r. nie zaskarżył tylko wykonał, a poza tym z treści pkt.4 siwz (str.70) wynika, że (...) wykonawca nie może wskazać tych samych osób dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w więcej niż w jednej części”. Wykaz złożony do oferty noszący datę 04.04.2012r. zawiera 7 osób (str.61 oferty), a oferta złożona jest na dwie części. Przy czym

zgodnie z pkt C.2.2 (str. 11 siwz) w zakresie dysponowania osobami określonymi do realizacji zadania, Wykonawca musi dysponować co najmniej sześcioma osobami. Czyli składając ofertę, należało wykazać dysponowanie co najmniej 12 osobami, skoro odwołujący składał ofertę w dwóch częściach zadania (str. od 1 do 8 oferty). Dopiero w uzupełnionym Wykazie odwołujący wykazał właściwą liczbę osób to jest 13 osób.

W tym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust.3 ustawy w związku z art.22 i art.24 ustawy oraz art.24 ust.2 pkt 4 i ust.4 ustawy i art.65 k.c. w zw. z art.14 ustawy.

Natomiast w ogóle nieuprawnione jest przywoływanie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy w związku z wykluczeniem z postępowania odwołującego, ponieważ zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z przyczyn określonych w tym przepisie. Konsekwencja odrzucenia oferty nastąpiła w oparciu o treść art.24 ust.4 ustawy (ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą).

#### Zarzut Nr 2 naruszenia

art.26 ust.4 i art.87 ust.1 w ten sposób, że zamawiający dokonał wykładni uzupełnionych dokumentów przez odwołującego bez żądania wyjaśnień.

Izba ustaliła.

W odwołaniu i na rozprawie odwołujący podniósł, że zamawiający w związku z otrzymanymi w dniu 8 maja 2012r. oświadczeniami, skoro powziął wątpliwość na jaką datę złożone są te oświadczenia, miał obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego co do treści otrzymanych pism.

Obecny na rozprawie współwłaściciel odwołującego złożył następujące oświadczenie do protokołu: „Na dzień składania ofert firma nasza nie podlegała wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych tekst jednolity Dz. U. 2010 r. nr 113 poz. 759 z późn. zm., dotyczy to przebudowy dwóch obiektów małej retencji na terenie Nadleśnictwa Antonin i dotyczy Goszczyn (09-01-01-01) i Piec Dolny (09-01-02-01) znak sprawy ZG2710 z 2 lutego 2012 r., oświadczam również, że dokumenty przedstawione przez moją firmę na wezwanie zamawiającego rozumiałem, że w treści potwierdzają spełnienie warunków one udziału na dzień składania ofert tak samo, jak wykaz osób. Oświadczam również, że wymienione osoby w wykazie pracują w mojej firmie na pełnym etacie od 10-15 lat. Oświadczam, że powyższe zeznanie składam będąc świadomy o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania.”



Izba zważyła.

Zarzut jest bezzasadny.

Zgodnie z treścią przywołanego art.26 ust.4 ustawy zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy. Czyli zgodnie z treścią art.25 ust.1 ustawy powyższy obowiązek dotyczy oświadczeń w przedmiotowym wypadku potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu to jest oświadczeń złożonych w trybie art. 22 i art.24 ustawy. W przedmiotowej sprawie zarzut odnosi się do okoliczności złożenia oświadczeń opisanych w powyższym zarzucie Nr 1 niniejszego uzasadnienia wyroku.

W ocenie Izby przywołując argumentację uzasadnienia z powyższego zarzutu Nr 1 zamawiający nie miał podstaw formalno prawnych w świetle złożonych oświadczeń przy piśmie z dnia 8 maja 2012r. do powzięcia wątpliwości co do treści złożonych wyjaśnień to jest co do daty na jaką te oświadczenia zostały przez odwołującego złożone. Jak powyżej Izba ustaliła i zważyła oświadczenia zostały złożone na datę po upływie terminu składania ofert. Tym samym złożone zostały z naruszeniem art.26 ust 3 ustawy, przepisem bezwzględnie obowiązującym zamawiającego.

Nie zmienia stanu formalnego i prawnego sprawy oświadczenie, złożone na rozprawie przez uprawnionego do reprezentacji spółki odwołującego. Z uwagi na to, że Izba bada prawidłowość postępowania zamawiającego na dzień zaskarżonej czynności zamawiającego to jest na dzień wykluczenia z postępowania. Z kolei zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania bada ofertę odwołującego w zakresie jej prawidłowości to jest zgodności z ustawą oraz treścią siwz na dzień składania ofert uwzględniając również złożone wyjaśnienia i uzupełnienia brakujących czy wadliwych dokumentów i oświadczeń w trybie art.26 ust.3 ustawy.

W celu przestrzegania zasady równości, uczciwej konkurencji oraz działania zgodnie z prawem w postępowaniach czyli zasad określonych w art.7 ust.1 i 3 ustawy zamawiający przy badaniu i oceny ofert sprawdza ich prawidłowość na dzień składania ofert, czemu służy również formuła art.26 ust.3 ustawy.

Izba zgodnie z art.191 ust.2 ustawy wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Stan rzeczy w zakresie postawionych zarzutów w związku z wykluczeniem z postępowania odwołującego, wskazuje na prawidłowe badanie przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu i prawidłowo podjętą czynność wykluczenia odwołującego z postępowania. Oświadczenie złożone na rozprawie nawet uprawnionego do reprezentacji spółki odwołującego nie sanuje wadliwości oferty, która powinna spełniać wymagania ustawy i siwz na dzień składania ofert.

Izba uznała za nieuprawnione przywoływanie przez odwołującego na poparcie zarzutu postanowień art. 87 ust.1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert ale niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym i wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust.1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jak wynika z cytowanych powyżej zapisów art.87 ust.1 ustawy dotyczy treści oferty czyli jej merytorycznych postanowień, a nie warunków formalnych jakimi są wymogi odnoszące się do prawa udziału odwołującego w postępowaniu.

Reasumując zamawiający nie miał podstaw do żądania wyjaśnień co do złożonych w wyniku uzupełnienia oświadczeń na podstawie art.26 ust.4, a tym bardziej na podstawie art. 87 ust.1 ustawy.

#### Zarzut Nr 4, 3, 5 naruszenia

art. 87 ust.2 ustawy oraz art. 65 k.c. w związku z art.14 ustawy poprzez dokonanie niewłaściwej wykładni oferty złożonej przez Kan - Wod i pośrednio dokonanie poprawienia oferty Kan-Wod przez jej wykładnię;

art.65 k.c. w związku z art. 14 ustawy przez dokonanie błędnej wykładni treści złożonych przez Kan-Wod ofert w tym postępowaniu;

nie odrzucenie oferty Kan-Wod na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 lub pkt 6 ustawy.

Izba ustaliła.

Izba przeprowadziła na rozprawie dowody z następujących postanowień oferty wykonawcy wybranego oraz siwz.

Wykonawca wybrany złożył ofertę, w której wypełnił trzy formularze.

Pierwszy formularz ofertowy na część pierwszą zadania (przebudowa zbiornika małej retencji – Goszczyn) i część drugą zadania (przebudowa zbiornika małej retencji –Piec Dolny). W formularzu podał cenę: cena netto 566 867,13 zł (również słownie), podatek VAT 130 379,44 zł., cena brutto 697 246,57 zł (również słownie).

Drugi formularz ofertowy na część pierwszą zadania. W formularzu podał cenę: cena netto 386 088, 95 zł(również słownie), podatek VAT 888 000,46zł, cena brutto 474 889,41 zł (również słownie).

Trzeci formularz ofertowy na część drugą zadania. W formularzu podał cenę: cena netto 180 778,18 zł (również słownie), podatek VAT 41 578,98zł, cena brutto 222 357,16 zł (również słownie).

Na str.13 oferty Kan–Wod znajduje się Formularz ofertowy łączny Zestawienie Kosztorysów Ofertowych gdzie w tabeli zestawiono część I i część II oraz razem część I i część II podając kwoty jak powyżej za wyjątkiem części pierwszej zamówienia gdzie w podatku VAT podano nie jak w formularzu ofertowym kwotę 888 000,46 zł. tylko kwotę 88 000,46zł.

(vide oferta Kan-Wod str.1-13 oferty).

Do oferty załączono dwa kosztorysy ofertowe, w których podane ceny netto, podatek VAT oraz ceny brutto. Kosztorysy są zgodne z formularzami ofertowymi, Formularzem łącznym za wyjątkiem podatku VAT dla części pierwszej zadania gdzie podano j.w. 888 000,46zł. (formularz ofertowy dla części I zadania) a w kosztorysie podano kwotę 88 800,46zł.

(vide oferta Kan-Wod str. 14 i 24).

W zapisach siwz znajdują na temat ceny następujące postanowienia:

XIV 1.(...) Cena oferty jest ceną brutto. Cena musi być podana w PLN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT.(...) 4.Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w „Formularzu ofertowym” stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz sporządzić szczegółowy kosztorys ofertowy dla zakresu robót w częściach nr. i/lub2.

Izba przeprowadziła na rozprawie dowód z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty pismo z dnia 22 maja 2012r. z treści którego wynika, że zamawiający podając kwoty cen oferty wykonawcy wybranego na części I i II wymienił ceny netto i ceny brutto bez podania kwoty podatku VAT.

Na okoliczność złożenia oferty przez wykonawcę wybranego oraz kwoty podatku VAT na część I zadania na rozprawie pełnomocnik zamawiającego oświadczył jak poniżej: „rozmawiał z przewodniczącym komisji przetargowej na okoliczność sformułowania w trzech egzemplarzach formularza przetargowego oraz stwierdzenia problemu z VAT dla części pierwszej uzyskał od niego następujące wyjaśnienie, faktycznie na otwarciu ofert po otwarciu oferty i obejrzeniu pierwszej karty komisja zauważyła problem, ponieważ obydwie części były potraktowane łącznie bez wydzielenia części pierwszej i drugiej natomiast oglądając kolejne karty oferty stwierdzili, iż oferty są złożone osobno na część pierwszą i część drugą i nie było problemu na otwarciu ofert z określeniem jakie ceny na część pierwszą i drugą daje KAN-WOD. Jeżeli chodzi o błąd w VAT zauważono to i potraktowano to jako błąd w dodaniu jednego zera więcej. W ocenie zamawiający nie był zobligowany do poprawiania tej omyłki, ponieważ jej oczywisty charakter wynikał, iż prawidłową kwotę VAT można było ustalić na podstawie innych elementów oferty tak, jak kosztorysy i oświadcza, że odwołanie nie zawierało zarzutu zaniechania poprawiania tejże omyłki, a nawet gdyby zamawiający

zaniechał poprawienia tej omyłki to nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania, nie miało to wpływu na ranking ofert.”

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, w odwołaniu wywiedziono zarzut złożenia trzech ofert, a nie dwóch oraz zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz lub błędu w obliczeniu ceny, wskazując naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 lub ust.6 ustawy.

Izba zważyła.

Zarzut jest bezzasadny.

Na podstawie złożonej oferty w tym załączonych do niej kosztorysach szczegółowych zamawiający po pierwsze w sposób bezsporny mógł ustalić dla obydwu części zamówienia zarówno kwoty ceny netto, podatku VAT, ceny brutto, bez względu na omyłkę w formularzu ofertowym dla części I zamówienia, gdzie podano nieprawidłową kwotę podatku VAT to jest 888 000,46zł. Zestawienie w I części zamówienia kwot: ceny netto i ceny brutto to jest kwot 386 088,95zł i 474 889,41zł oraz podatku VAT w kwocie 888 000,46zł. ewidentnie wskazuje na pomyłkę. Podana kwota podatku VAT jest ponad dwukrotnie wyższa od kwoty ceny netto. Natomiast ustalenie na czym polega omyłka mogło nastąpić przez porównanie załączonego do oferty zbiorczego zestawienia cen i kwot podatku VAT jak również na podstawie załączonego do oferty szczegółowego kosztorysu. Przez skreślenie jednego zera w kwocie 888 000,46 uzyskuje się kwotę podaną w pozostałych powyżej opisanych dokumentach to jest kwotę 88 000, 46 zł.

W ocenie Izby jest to nieprawidłowość, ponieważ według powyżej cytowanego zapisu siwz wykonawcy mieli obowiązek podać również kwoty podatku VAT.

Niemniej z uwagi na treść art. 87 ust.1 pkt 1 ustawy zamawiający ma obowiązek poprawienia w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej (zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie). Przy czym nie ma podstaw do kwalifikowania powyższej omyłki np.: do oczywistej omyłki rachunkowej, ponieważ w takiej sytuacji zgodnie z dyspozycją art. 87 ust.1 pkt 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W przedmiotowym przypadku przez skreślenie jednego zera w podatku VAT nie następuje ani zmiana ceny netto, ani zmiana ceny brutto.

Reasumując omyłka w podatku VAT (część I zamówienia) nastąpiła z powodu dopisania jednego zera w złotych.

Izba uznała za przyznaną na rozprawie okoliczność braku niezwłocznego zawiadomienia przez zamawiającego, wykonawcy wybranego o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej. Niemniej z uwagi na brak skutków dla ważności złożonej oferty nie uznała tej okoliczności za naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego. Bowiem zgodnie z treścią art.89 ust.1

pkt 7 ustawy tylko w przypadku poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy (zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty) wykonawca ma prawo w terminie 3 dni od doręczenia zawiadomienia nie zgodzić się na poprawienie omyłki. W pozostałych przypadkach (omyłki pisarskie, omyłki rachunkowe) wykonawca nadal pozostaje związany ofertą. Tym samym to uchybienie zamawiającego nie może stanowić podstawy do uznania zarzutu a tym samym do uwzględnienia odwołania.

Konsekwentnie, na podstawie ustalonego powyżej stanu faktycznego i prawnego sprawy, Izba kwalifikując nieprawidłowo podaną kwotę podatku VAT dla zadania Nr I w formularzu ofertowym, jako oczywistą omyłkę pisarską, nie stwierdziła również naruszenia art.89 ust.1 pkt 6 ustawy (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny).

Izba również nie stwierdziła naruszenia art.65 kc. w związku z art.14 ustawy, ponieważ poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nastąpiło w trybie art. 87 ust.1 pkt 1 ustawy, a nie powyżej wskazanego przepisu kodeksu cywilnego.

Po drugie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przez zawarcie w ofercie formularza ofertowego łącznego na część I i II. Bowiem załączone zostały zgodnie z wymogiem siwz odrębne formularze na część I i część II zamówienia. Tym samym formularz łączny jest bezprzedmiotowy w sprawie.

#### Zarzut Nr 7 naruszenia

art.91 ust.1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty Kan-Wod, która powinna ulec odrzuceniu i nie dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła.

Zarzut jest bezzasadny

Wobec nie uznania zarzutów od 1 do 6 Izba nie stwierdziła, iż zamawiający wybierając ofertę najkorzystniejszą na podstawie obowiązującego jednego kryterium ceny (cena 100% vide str.23 siwz) naruszył art.91 ust.1 ustawy.

Wobec nie uznania żadnego z zarzutów odwołania na podstawie art. 192 ust.2 ustawy Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca

2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zasądzając do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00zł wpisu od odwołania oraz koszty na rzecz zamawiającego od odwołującego obejmujące koszty pełnomocnika w wysokości 3.600,00zł. według faktury VAT i koszt dojazdu na rozprawę w kwocie 4 019 zł 59gr według biletu lotniczego, przedstawionych na rozprawie.

**Przewodniczący:**