

Sygn. akt: KIO 2803/20

WYROK
z dnia 19 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2020 r. przez wykonawcę **Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. K. BDB Investments, ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice** w postępowaniu prowadzonym przez **Administrację Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 1, 85-011 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **B. P.-F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą HORTUM B. P.-F., Wojnowo 9 lok. 2, 86-014 Sicienko** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. K. BDB Investments, ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. K. BDB Investments, ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od wykonawcy Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. K. BDB Investments, ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice na rzecz Administracji Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 1, 85-011 Bydgoszcz kwotę 4 119 zł 87 gr (słownie: cztery tysiące sto dziewiętnaście złotych osiemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu**

wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Administracja Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o. w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie cięć pielęgnacyjnych, wycinki i nasadzeń drzew i krzewów, pielęgnacji zieleni w nieruchomościach zarządzanych przez Administrację Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o. w Bydgoszczy”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 września 2020 r. pod pozycją 581116-N-2020.

W dniu 28 października 2020 r. wykonawca Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. K. BDB Investments z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B. P.-F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą HORTUM B. P.-F. (dalej: „HORUM”);
- zaniechaniu wykluczenia HORTUM na podstawie art 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp;
- zaniechaniu odrzucenia oferty HORTUM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- zaniechaniu odrzucenia oferty HORTUM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
- zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia HORTUM, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania do wykonania zamówienia Kierownikiem prac (pkt 6.6.2. SIWZ);

b) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HORTUM, pomimo że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 87 ust. 2 w związku z 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany treści oferty i zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania,
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane odwołaniem,
3. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty HORTUM,
4. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania do wykonania zamówienia Kierownikiem prac (pkt 6.6.2. SIWZ),
5. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
6. Nakazanie Zamawiającemu wykluczenia HORTUM z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp lub art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i uznanie złożonej przez HORTUM oferty za odrzuconą,
7. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty HORTUM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
8. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty HORTUM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
9. Zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (o ile zostanie w sprawie ustanowiony) według faktury oraz kosztów dojazdu (wg potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy).

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia HORTUM, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał

spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania do wykonania zamówienia Kierownikiem prac (pkt 6.6.2. SIWZ) Odwołujący wskazał, że wykonawca HORTUM w złożonym wykazie osób wskazał na stanowisko Kierownika prac pana M. F. oświadczając w kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania osobami”: „współwłaściciel”. W uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie osób HORTUM ponownie wskazał pana M. F. na stanowisko Kierownika prac oświadczając w kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania osobami”: „współwłaściciel”.

Odwołujący podniósł, że podana informacja nie znajduje potwierdzenia w złożonej przez HORTUM informacji z CEIDG. W informacji tej wskazano, że przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą jest Pani B. P.-F.. Pan M. F. nie jest ujawniony w tej informacji jako współwłaściciel. Z wyjaśnień HORTUM dotyczących rażąco niskiej ceny wynika, iż Pan M. F. jest mężem Pani B. P.-F.. Ponadto, w informacji z CEIDG jest wykazane, iż Panią B. P.-F. nie wiąże małżeńska wspólność majątkowa. Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że Pan M. F. nie jest współwłaścicielem przedsiębiorstwa HORTUM B. P.-F. .

Jak zauważył Odwołujący, celem określenia warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych jest umożliwienie Zamawiającemu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonawca z kolei składając podmiotowe środki dowodowe (w tym przypadku wykaz osób) musi wykazać, iż warunek udziału w postępowaniu spełnia. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający uzyskał od HORTUM nierzetelną informację na temat podstawy do dysponowania Panem M. F.. Odwołujący podniósł, że skoro nie wiadomo, na jakiej podstawie HORTUM B. P.-F. dysponuje Panem M. F., to nie jest możliwe uznanie, że w ogóle pozostaje on w dyspozycji HORTUM B. P.-F. do celów realizacji zamówienia na stanowisku „Kierownika prac”. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie mógł uznać, iż HORTUM wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowaniem „Kierownikiem prac” (pkt 6.2.2. SIWZ).

Odwołujący zaznaczył, że ze względu na okoliczność, że wykaz osób był już przez Zamawiającego uzupełniany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ma możliwości, aby HORTUM ponownie go uzupełnił o prawidłową podstawę do dysponowania osobami.

Argumentując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HORTUM, pomimo że złożone przez HORTUM wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia Odwołujący

stwierdził, że HORTUM wyjaśniając cenę w pozycjach 2.1, 2.2, 3.1 oraz 3.2, nie uwzględnił kosztów ubezpieczenia emerytalnego i rentowego, funduszu pracy, funduszu gwarancyjnego i składek wypadkowych właściciela oraz męża, dedykowanych do wykonania prac w pkt 2.1, 2.2,3.1, 3.2.

Odwołujący podał ponadto, że w pozycjach 10.1 i 10.2 HORTUM nie uwzględnił kosztów ZUS właściciela deklarując, że wykona prace samodzielnie.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że HORTUM wyjaśniając cenę jednostkową dotyczącą poz. 5.3. karczowanie mechaniczne - obwód pnia powyżej 200 cm - cena 210 zł netto wskazał, iż tą usługę będzie wykonywał mąż Pani B. P.-F., „więc koszty pracownika są 0”. Jak zauważył Odwołujący, zgodnie z obowiązującym prawem, nieodpłatne zatrudnienie małżonka wiąże się z koniecznością odprowadzania składek na ubezpieczenia na takich samych zasadach jak za przedsiębiorcę. W takim przypadku mamy do czynienia z osobą współpracującą w działalności. Zgodnie z art. 8 ust. 11 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2020 ., poz. 266 ze zm.) za osobę współpracującą z osobami prowadzącymi pozarolniczą działalność, zleceniobiorcami oraz z osobami fizycznymi, wskazanymi w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4-5a, uważa się małżonka, dzieci własne, dzieci drugiego małżonka i dzieci przysposobione, rodziców, macochę i ojczyma oraz osoby przysposabiające, jeżeli pozostają z nimi we wspólnym gospodarstwie domowym i współpracują przy prowadzeniu tej działalności lub wykonywaniu umowy agencyjnej lub umowy zlecenia; nie dotyczy to osób, z którymi została zawarta umowa o pracę w celu przygotowania zawodowego. Z kolei, zgodnie z art. 6a ww. ustawy, osoba współpracująca w działalności obowiązkowo podlega ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym, jeżeli nie mają innych tytułów rodzących obowiązek ubezpieczeń społecznych. Wysokość miesięcznej składki emerytalnej za osobę współpracującą wynosi 612,19 zł, a rentowej 250,90 zł. W ocenie Odwołującego, HORTUM składając wyjaśnienia nie udowodnił, że Pan M. F. ma jakkolwiek inny niż wynikający z art. 6a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych tytuł rodzący obowiązek ubezpieczeń społecznych, a zatem nie wykazał, iż ze względu na zamiar powierzenia karczowania mechanicznego mężowi koszty pracownika wyniosą 0 zł. Zdaniem Odwołującego, HORTUM nie udowodnił, że jego oferta nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że dokonanie kalkulacji ceny z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym stanowi jeden z priorytetowych obowiązków przedsiębiorcy. Jak zauważył Odwołujący, nie bez powodu w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wymienia się jako istotne z punktu widzenia oceny rażąco niskiej ceny wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy oraz w zakresie wynikającym z przepisów prawa

pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Również w dyrektywie klasycznej (art. 18 ust. 2), jako zasadę udzielania zamówień publicznych wymieniono to, że „Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X.”. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący uznał, że cena jednostkowa poz. 5.3. winna wynieść nie mniej jak 322,90 zł, na co składają koszty ubezpieczenia emerytalnego i rentowego, fundusz pracy, fundusz gwarancyjny i składki wypadkowe w wysokości 102,90 zł, koszt amortyzacji frezarki wraz z paliwem i dojazdem oraz koszt paliwa z dojazdem 100,00 zł. Odwołujący stwierdził, że HORTUM w swoich wyjaśnieniach nie uwzględnił kosztów wywozu oraz utylizacji resztek po frezowaniu ok. 20,00 zł/szt., nie uwzględnił również kosztu zasypywania dołów po frezowaniu zgodnie z SIWZ, które zostało przyjęte jako sposób karczowania mechanicznego, w tym kosztu dowozu ziemi wraz z zakupem dla obwodu pnia średnio 300 cm (ponieważ w przedziale powyżej 200 cm są do wykonania pnie zarówno o obwodzie 300 cm, 400 cm, 500 cm), który wynosi ok. 100,00 zł/szt. Zdaniem Odwołującego, cena jednostkowa 210 zł nie jest ceną realną.

Odwołujący podniósł także, że wyjaśniając cenę poz. 7.1. pracy podnośnikiem HORTUM nie wykazał, iż stawka godzinowa w wysokości 72,00 złote jest realna. Jak zauważył Odwołujący, z przedstawionego dowodu w postaci faktury VAT firmy PHU Madim wynika, iż stawka godzinowa w wysokości 72,00 zł dotyczy tylko pracy podnośnika. Zdaniem Odwołującego, faktura VAT nr 26/9/2020 wystawiona przez firmę PHU Madim na rzecz firmy Hortum przedstawia realny koszt godziny pracy podnośnika wraz z dojazdem w cenie brutto 186,96 (w cenie netto 152,00 zł). Odwołujący zauważył, że jak wynika z symbolu podnośnika kosztowego TLP-20, jest to podnośnik o zasięgu ramienia 20 m i taki jest niezbędny do wykonania prac w przeważającej liczbie przypadków.

Ponadto Odwołujący wskazał, że umowa najmu 1/09/2020 dotyczy wysięgnika NIFTY LIFT 145 o zasięgu ramienia roboczego 14 m, a taki jest niewystarczający do obsługi starodrzewia na terenie miasta Bydgoszczy. W ocenie Odwołującego, jest to umowa nierealna i niezgodna z realiami rynkowymi. Odwołujący wskazał, że HORTUM nie przedstawił dowodu zapłaty czynszu za wynajem długoterminowy za miesiąc wrzesień 2020, nie przedstawił również dowodu wpłaty kaucji. Zdaniem Odwołującego, kwota pozostawienia do dyspozycji podnośnika w skali 1 miesiąca o zasięgu roboczym 14m jest sztucznie

zaniżona i niepotwierdzona fakturą za najem w miesiącu wrześniu wraz z dowodem zapłaty. Na podstawie par 8. Umowy najemca może wypowiedzieć umowę w przypadku zaległości w czynszu powyżej 14 dni. Odwołujący stwierdził, że koszt poz. 71.1 (co przyznaje w wyjaśnieniach HORTUM) musi obejmować także koszt pracy operatora podnośnika 20,00 zł/rb., koszty ubezpieczenia emerytalnego i rentowego, fundusz pracy, fundusz gwarancyjny i składki wypadkowe 20,6% do każdej roboczogodziny (nie uwzględniono w wyjaśnieniach HORTUM) oraz koszty paliwa ok 20,00 zł/rb. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, stawka godzinowa pracy podnośnika nie może być niższa niż 100,00 zł.

W opinii Odwołującego, złożone przez HORTUM wyjaśnienia nie dowodzą, że oferta jest zrównoważona pod względem gospodarczym i że może zostać zrealizowana w należyty sposób. Odwołujący wyraził przekonanie, że oferta HORTUM zawiera rażąco niską cenę.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie zmiany treści oferty i zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny Odwołujący stwierdził, że HORTUM w złożonej ofercie w poz. 10.4 Formularza cenowego obliczył cenę z zastosowaniem stawki podatku VAT 23%, a nie, jak było to wymagane w SIWZ, 8%.

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia SIWZ. Zgodnie z pkt 13.1. SIWZ Cena oferty powinna uwzględniać (zawierać) podatek od towarów i usług VAT, którego stawka dla niniejszego postępowania wynosi odpowiednio VAT: 8% i 23%. Obowiązujące stawki podatku VAT za wykonywanie poszczególnych czynności (prac objętych zakresem niniejszego postępowania), które wykonawca winien uwzględnić przy kalkulacji ceny ofertowej, Zamawiający wskazał w formularzu cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ. W pkt 13.3 lit. c) ustalono, że obliczając cenę, wartość netto należy powiększyć o wartość podatku VAT, którego obowiązująca stawka dla wskazanej czynności została podana w kolumnie (6) i wpisać tak uzyskaną cenę brutto w kolumnę (7).

Odwołujący podniósł, że HORTUM obliczając cenę brutto (kol. 7) poz. 10.4. Formularza cenowego cenę netto (kol. 5) powiększył o wartość podatku VAT przyjmując stawkę 23%, a nie, jak wynika ze sposobu obliczenia ceny oferty, 8% (kol. 6). Odwołujący wskazał, że HORTUM jako wartość netto podał kwotę 260 550,00 zł, a cenę brutto określił na 320 476,50 zł. Różnica pomiędzy tylko liczbami wynosi równo 23%, co oznacza, zdaniem Odwołującego, że wykonawca ten obliczył cenę ww. pozycji z zastosowaniem niewłaściwej stawki podatku VAT.

Odwołujący przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r.

(sygn. akt III CZP 52/11), w której Sąd wskazał, iż „Oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, jeżeli ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT. Tylko oferty równoważne w zakresie obiektywnie sprawdzalnych elementów, a takim elementem jest stawka podatku VAT wynikająca z obowiązujących przepisów, stwarzają możliwość porównania i tym samym równego traktowania oferentów. Wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej niż wynikająca z obowiązujących przepisów stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art 7 Pr.z.p. obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że wskazanie przez wykonawcę stawki wyższej niż obowiązująca może nie czynić jego oferty konkurencyjną nie ma istotnego znaczenia. Do dokonania oceny, czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Stąd też, gdy na wybór oferty wpływa wysokość ceny brutto, cenotwórczy charakter podatku VAT wyklucza potraktowanie wskazanej przez wykonawcę błędnej stawki tego podatku jako okoliczności pozbawionej doniosłości prawnej.”.

Jak wskazał Odwołujący, mimo tego, że obliczenie ceny z zastosowaniem błędnej stawki podatku VAT jest okolicznością doniosłą prawnie, Zamawiający uznał, iż HORTUM popełnił omyłkę rachunkową i samodzielnie przeliczył wartość netto przez 8% i wyliczył HORTUM prawidłową cenę brutto. W ocenie Odwołującego, działanie takie naruszało art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż doprowadziło do zmiany ceny ofertowej. Odwołujący podkreślił, że przed korektą oferta Odwołującego była ofertą najtańszą, a niedopuszczalna zmiana treści oferty spowodowała, iż spadł na drugie miejsce w rankingu ofert. Co za tym idzie, korekta spowodowała istotną zmianę w treści oferty, której skutkiem jest zmiana wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podał, że oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Omyłka rachunkowa musi mieć charakter oczywisty, tj. charakter niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, co nasuwa się automatycznie, samodzielnie, poprzez analizę samej oferty, bez konieczności wyjaśniania tego przez wykonawcę. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową. Odwołujący

stwierdził, że analiza Formularza ofertowego prowadzi do wniosku, iż HORTUM obliczył wartość netto z zastosowaniem niewłaściwej stawki podatku VAT 23%, a nie, jak mylnie ustalił Zamawiający, pomylił się w dodawaniu wartości netto oraz kwoty podatku obliczonej z zastosowaniem stawki 8%. Z tych względów, w opinii Odwołującego, oferta HORTUM nie mogła być poprawiona, ale powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W dniu 2 listopada 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca HORTUM.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia HORTUM, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania do wykonania zamówienia Kierownikiem prac.

W przedmiotowej sprawie zostało ustalone, że pan M. F. nie jest współwłaścicielem przedsiębiorstwa, ale osobą współpracującą. Okoliczność ta została przyznana przez HORTUM w piśmie z dnia 16 listopada 2020 r., jak również w toku rozprawy. Izba uznała jednak, że wykluczenie wykonawcy HORTUM w realiach rozpoznawanej sprawy byłoby nieproporcjonalne do zaistniałego uchybienia. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu jest jedną z podstawowych instytucji Pzp służących eliminacji wykonawców, którzy nie spełniają określonych warunków. Doniosłość tej instytucji polega na tym, że jej użycie zamyka przed wykonawcą możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Z uwagi na wagę decyzji o eliminacji wykonawcy, niezbędne jest posługiwanie się tym instrumentem

z należytą rozważą i zachowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (art. 7 ustawy Pzp).

Izba uznała, że działanie HORTUM nie wypełniło przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Dla zastosowania tego przepisu ustawodawca wymaga wykazania, iż działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną lub rażące niedbalstwo. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa”, natomiast wypełniając tę lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej” (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Jest to zatem naruszenie reguły wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. Jak to zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (sygn. akt I CKN 969/00), wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. W opinii Sądu, można art. 355 k.c. stosować porównawczo przy ocenie, czy określone zachowanie odpowiada cechom rażącego niedbalstwa. Porównanie bowiem przepisu art. 355 k.c. z przepisami k.c., w których występuje pojęcie „rażącego niedbalstwa” wskazuje na to, „że rażące niedbalstwo” to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością (patrz: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19). Izba uznała, że działaniu wykonawcy HORTUM trudno przypisać winę umyślną czy rażące niedbalstwo - brak jest celu, jakiemu takie działanie miałyby służyć - wykonawca HORTUM spełnia warunek udziału w postępowaniu zarówno w sytuacji, gdy pan F. jest osobą współpracującą, jak też spełniałby w sytuacji, gdyby pan F. był współwłaścicielem. Izba postrzega nieścisłość zaistniałą w ofercie HORTUM w kategoriach pomyłki wynikającej z nieświadomości prawnych aspektów pojęcia właściciela przedsiębiorstwa. Zauważenia przy tym wymaga, że wykonawca HORTUM nie został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak też nie został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób w zakresie podstawy dysponowania osobą pana F. .

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że zaistniały podstawy do wykluczenia HORTUM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący nie dowiódł zwłaszcza, że HORTUM nie dysponuje osobą pana F. . Izba miała na uwadze, że przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych nie precyzują formy, w jakiej wykonawca powinien dysponować osobą, którą wskazuje w ofercie, nie nakładają też na wykonawcę wymogu dowodzenia dysponowania daną osobą. W ocenie Izby, stan faktyczny przedmiotowej sprawy wskazuje na to, że HORTUM pomylił się wskazując w wykazie osób podstawę dysponowania osobą pana F., ale ta pomyłka, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie ma wpływu na okoliczność, że HORTUM osobą tą dysponuje. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.2. SIWZ.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że złożone przez HORTUM wyjaśnienia z dnia 6 października 2020 r. nie obejmowały wszystkich składników ceny zaoferowanej za realizację przedmiotowego zamówienia. Pismem z dnia 1 października 2020 r. Zamawiający, działając na zasadzie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do HORTUM o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny obejmując nimi pozycje 2.1., 2.2., 3.1., 3.2., 5.3., 7.1., 10.1., i 10.3. Formularza cenowego. Wykonawca HORTUM w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do wszystkich pozycji, które budziły wątpliwości Zamawiającego, oraz poparł swoje wyjaśnienia stosownymi dowodami.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej nie wykazania przez HORTUM, że zaoferowana cena obejmuje wszelkie należne składki (poz. 2.1., 2.2., 3.1., 3.2., 5.3., 10.1., 10.3.) Izba stwierdza, że to wykonawca podejmuje decyzję co do sposobu kalkulacji ceny. To do wykonawcy należy decyzja czy koszty stałe wliczy do każdej z pozycji kosztorysu z osobna, do jednej z nich czy też pokryje je np. z zakładanego zysku. Obecny na rozprawie pan M. F. oświadczył, że HORTUM odprowadza wszelkie należne składki. Wykonawca nie był zobowiązany do złożenia dowodu na tę okoliczność wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi zaoferowanej ceny. Dowodu na postawioną przez siebie tezę nie złożył Odwołujący. Brak jest zatem podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że HORTUM nie skalkulował należnych składek. Za racjonalną Izba uznała też argumentację Zamawiającego i wykonawcy HORTUM, że skoro wykonawca odprowadza składki miesięczne z tytułu należnych zobowiązań, brak jest podstaw do twierdzenia, że owe miesięczne składki powinny być wliczone do każdego z zamówień, które w danym czasie realizuje wykonawca, a nawet do każdej z pozycji Formularza cenowego złożonego w przedmiotowym postępowaniu. Koszty tego typu należą niewątpliwie do stałych kosztów

działalności wykonawcy, które rozkładają się na wszystkie realizowane przez wykonawcę zadania.

Przedmiotowy zarzut nie znalazł potwierdzenia także w odniesieniu do poz. 5.3. i 7.1. Formularza cenowego złożonego przez HORTUM. Odnośnie kalkulacji poz. 5.3. Formularza cenowego Izba zważyła, że w zakresie obowiązków (Załącznik nr 4 do SIWZ) nie przewidziano obowiązku wywozu trocin po frezowaniu oraz zasypywania dołów ziemią. Zamawiający nie określił metody karczowania mechanicznego. Jak wyjaśnił wykonawca HORTUM, karczowanie mechaniczne można wykonywać za pomocą frezarki do pni lub wyciągnięcia karpiny, która to metoda powoduje powstanie dołu wymagającego wypełnienia ziemią. Wykonawca HORTUM oświadczył, że stosuje metodę karczowania pni własną frezarką do pni, a powstałe trociny zasypują dół po pniu. Ewentualny wywóz trocin może być zlecony przez Zamawiającego w ramach poz. 9.1 Formularza cenowego. Izba nie stwierdziła uchybień w kalkulacji przez HORTUM poz. 7.1. Formularza cenowego. Wykonawca ten oświadczył, że skalkulował cenę w ten sposób, że powiązał koszty dojazdu z usługą z poz. 2.1, 2.2., 3.1. oraz 3.2. Formularza cenowego. Brak jest również podstaw do kwestionowania rodzaju podnośnika, który będzie stosował HORTUM, skoro Zamawiający nie postawił wymagań w tym zakresie. Zbyt daleko idące są również twierdzenia Odwołującego o konieczności przedstawienia przez HORTUM dowodu zapłaty czynszu czy wpłaty kaucji z tytułu umowy najmu wysięgnika. Przedstawienie na tę okoliczność umowy najmu Izba uznała za wystarczające. Izba miała także na względzie, że kalkulowany przez HORTUM koszt pracy operatora podnośnika jest zgodny z obowiązującymi przepisami.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze utrwaloną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych definicję rażąco niskiej ceny. O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności, gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Izba stwierdziła, że cena zaoferowana przez wykonawcę HORTUM nie wypełnia znamion rażąco niskiej ceny w zakresie badanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zważyć należy, że cena zaoferowana przez HORTUM nie odbiega w sposób znaczący od innych cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, a to one właśnie kreują wartość rynkową przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 87 ust. 2 w związku z 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany treści oferty i zaniechanie

odrzućenia oferty, pomimo, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny także nie zasługiwał na uwzględnienie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w pkt 13.1 SIWZ podał, że cena oferty powinna uwzględniać podatek VAT, którego stawka dla przedmiotowego postępowania wynosi odpowiednio 8% i 23%. Zamawiający stwierdził, że obowiązujące stawki VAT za wykonywanie poszczególnych czynności, które wykonawca powinien uwzględnić przy kalkulacji ceny ofertowej, Zamawiający wskazał w formularzu cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ. W ww. Załączniku w poz. 10.4 Zamawiający wskazał jako obowiązującą stawkę VAT 8%. Wykonawca HORTUM w złożonym Formularzu ofertowym w spornej pozycji podał następujące dane: ilość – 579, cena jednostkowa netto (ryczałt) – 450,00 zł, wartość netto – 260 550,00 zł, stawka VAT – 8%, wartość brutto – 320 476,50 zł. Pismem z dnia 21 września 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę HORTUM o poprawieniu omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie błędnego wyliczenia pozycji 10.4 - cena brutto: jest – 320 476,50 zł, powinno być – 281 394,00 zł. Po uwzględnieniu ww. omyłki rachunkowej cena brutto oferty HORTUM wyniosła 618 715,98 zł.

Izba stwierdziła, że wobec wskazania przez wykonawcę HORTUM w Formularzu cenowym w poz. 10.4 ceny netto oraz stawki VAT, Zamawiający prawidłowo ocenił sytuację i uznał, że wykonawca popełnił omyłkę rachunkową w obliczeniu wartości brutto tej pozycji. W ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia, że HORTUM przyjął inną niż wskazana w Formularzu cenowym stawkę VAT. Treść oferty na to nie wskazuje – oświadczenie wykonawcy co do stawki VAT dla tej części przedmiotu zamówienia jest jednoznaczne. W tych okolicznościach, Zamawiający zobowiązany był do poprawienia treści oferty w taki sposób, w jaki uczynił to pismem z dnia 21 września 2020 r. Izba nie dopatryła się uchybień w czynności Zamawiającego.

Nawet gdyby uznać, że HORTUM przyjął w poz. 10.4. Formularza cenowego inną niż narzucona przez Zamawiającego stawkę VAT, to zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 53/11, istniałyby podstawy do poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby w łącznej wysokości 4 119,87 zł.

Przewodniczący: