

Sygn. akt: KIO/UZP 902/10

WYROK
z dnia 28 maja 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Anna Packo
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PPHU TRANSKOK Sp. z o. o., 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** protestu z dnia 22 kwietnia 2010 r.

przy udziale wykonawcy **P.T.H.U. "Bielaszka" Stanisław Bielaszka, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Pszczyńska 8** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie .

2. kosztami postępowania obciąża PPHU TRANSKOK Sp. z o. o., 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6.

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **PPHU TRANSKOK Sp. z o. o., 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) przez **PPHU TRANSKOK Sp. z o. o., 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6** na rzecz **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PPHU TRANSKOK Sp. z o. o., 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący PPHU Transkok Sp. z o.o. uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kompleksową obsługę w JSW SA KWK „Zofiówka” (2 zadania)” 1/ placów magazynowych, 2: stacji przeładunkowej odpadów wydobywczych oraz placu budowy zamykanego składowiska „Pochwacie” w zakresie zadania 2 zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz, zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Wniósł o unieważnienie wybory oferty wykonawcy PTHU „Bielaszka” Stanisław Bielaszka, ponowne badanie ofert PTHU „Bielaszka” Stanisław Bielaszka oraz S.C. „Ryś” Robert Ryś, Jerzy Ryś, odrzucenie ofert ww wykonawców i wybór oferty odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że w opisie sposobu przygotowania ofert XIV pkt 20 siwz postawiono wymóg dotyczący ceny oferty ze wskazaniem, że cena brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia (dla każdego zadania osobno) musi być podana z wyodrębnieniem stawki podatku VAT w %. Wymóg ten nie został zmieniony pismem zamawiającego z dnia 24 lutego 2010 r. gdzie dokonany zmiany załącznika nr 2. Odwołujący wskazał, że zgodnie z powołanym wymogiem złożył on, jak również wykonawcy S.C. „Ryś”

Robert Ryś, Jerzy Ryś informacje dot. stawki podatku VAT (Odwołujący 7%, S.C. „Ryś” Robert Ryś, Jerzy Ryś 22%) Takich informacji nie zawiera oferta wybrana, co w ocenie Odwołującego winno skutkować jej odrzuceniem. Zdaniem Odwołującego wybrana oferta zawiera również rażąco niską cenę.

Ponadto odwołujący stwierdza, że S.C. „Ryś” Robert Ryś, Jerzy Ryś nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie został udostępniony wykaz usług i zastrzeżono referencje. Oferta tego wykonawcy podlega zdaniem odwołującego odrzuceniu z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, zawierającej 22% stawkę VAT zamiast 7%. Wskazał, że nie ma w tym zakresie znaczenia ryczałtowy charakter ceny i powołał urzędowe interpretacje dotyczące stawki podatku.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu oddalił zarzuty. W toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że wskutek protestu na zapisy siwz dokonał zmiany siwz, gdzie w druku oferty i kosztorysie oraz postanowieniach umowy pominął wymóg podania stawki podatku VAT. Jedynie w pkt XIV.20 siwz omyłkowo nie dokonał zmiany. Nieścisłość tę uznał za nieistotną. Zamawiający stwierdził, że o wyborze oferty decydowało kryterium ceny brutto, nie wymagał podania stawki VAT i kwoty VAT i nie ma dla niego znaczenia zastosowana stawka podatku przez wykonawców. W związku z tym uznał informacje dotyczące podatku za nie mające wpływu na ocenę ofert. Zauważył, że w postępowaniu formą wynagrodzenia jest ryczałt.

Ponadto w rozstrzygnięciu protestu zamawiający odniósł się do zarzutów nie podtrzymanych w odwołaniu dot. potencjału kadrowego.

Stwierdził również, że wykaz wykonanych zamówień złożony przez S.C. „Ryś” Robert Ryś, Jerzy Ryś potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny zamawiający stwierdził, że w zakresie zadania nr 2 przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 11.364.867,64 zł, a ceny kolejnych ofert wynosiły: 9.127.653,48 – oferta wybrana, 12.771.202,40 – oferta odwołującego i 11.268.708 zł oferta S.C. „Ryś” Robert Ryś, Jerzy Ryś. Z powyższego wynika, że wybrana oferta ma cenę o 24,5% niższą od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie znalazł podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający stwierdził również, że wskazywane w proteście ceny podobnych usług nie są adekwatne do niniejszego postępowania ze względu na inny zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na zmodyfikowane postanowienia siwz, w której nie wymagano podania stawki podatku VAT. Stwierdził, że mógł zaoferować najniższą cenę z uwagi na niższe koszty osobowe oraz niskie koszty sprzętu i stosowanej technologii świadczenia usług.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ustawy, gdyż ewentualne uwzględnienie podniesionych zarzutów w stosunku do oferty wybranej i drugiej w kolejności spowodowałoby uznanie jego oferty jako najkorzystniejszej.

Oceniając zarzut rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie złożonej przez Przystępującego, Izba uznała, że nie został on potwierdzony. Cena tej oferty istotnie jest najniższą spośród cen trzech złożonych w postępowaniu ofert. Jej wielkość nie odbiega jednak znacząco od pozostałych cen i jest o 24,5% niższa od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Wskazana różnica nie uzasadnia w ocenie składu orzekającego wszczynania procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy. W konsekwencji, wobec braku odmiennych dowodów, nie ma podstaw do uznania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co oznacza że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Odnosząc się do zarzutu opartego na treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu określenia ceny oferty należy stwierdzić, że w wyniku zmian postanowień siwz w druku oferty i kosztorysie oraz postanowieniach umowy został pominięty wymóg podania stawki podatku od towarów i usług. Za istotną okoliczność Izba uznaje fakt zmiany w tym zakresie treści formularza ofertowego, w którym wykonawca składa oświadczenie woli o wykonaniu zamówienia za cenę brutto wyrażoną cyfrowo i słownie. Jest niesporne, że w tym podstawowym dokumencie ofertowym nie wymagano deklaracji co do stawki podatku VAT. Tym samym brak takiej informacji w ofercie wybranej nie świadczy o jej niezgodności z treścią siwz. Z kolei złożenie informacji o stosowanej stawce podatkowej w dodatkowych nie wymaganych dokumentach nie ma wpływu na ważność złożonych ofert. Innymi słowy przesądzające przy ocenie cen ofertowych w niniejszym postępowaniu jest wskazanie ceny ofertowej brutto bez wyodrębniania składników cenotwórczych, w tym podatku VAT. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu, gdyż brak jest podstaw do twierdzenia o popełnieniu błędu przy kalkulowaniu ceny w sytuacji, gdy oferta zawarta w ustalonym formularzu określa cenę ryczałtową brutto.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych..

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....