

**WYROK**

**z dnia 5 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: przewodniczący Anna Packo  
protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2010 r. w Warszawie  
odwołania wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia  
KARBON Sp. z o.o. 40-833 Katowice, ul Obroki 77 oraz Przedsiębiorstwo  
Wielobranżowe BEMAR Sp. o.o. 42-500 Będzin, ul. Wolności 104**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41-914 Bytom ul. Strzelców  
Bytomskich 207**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w zakresie określonym w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41-914 Bytom ul. Strzelców Bytomskich 207 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Karbon Sp. z o.o. 40-833 Katowice, ul. Obroki 77 oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bemar Sp. o.o. 42-500 Będzin, ul. Wolności 104,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41-914 Bytom ul. Strzelców Bytomskich 207** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Karbon Sp. z o.o. 40-833 Katowice, ul. Obroki 77 oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bemar Sp. o.o. 42-500 Będzin, ul. Wolności 104** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

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

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

### do wyroku KIO 2343/10 z 5 listopada 2010 r.

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego w Zakładzie Centralny Zakład Odwodnienia Kopalń w Czeladzi w tym: Część I – Ruch I; rejon „Saturn”, „Siemianowice”, „Jan Kanty”, Część II – Ruch II; rejon „Pstrowski”, „Powstańców Śl. – Bytom I”, „Szombierki”, Część III – Ruch III, rejon „Dębieńsko”* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 sierpnia 2010 r. w Dz.Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

20 października 2010 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Karbon Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bemar Sp. z o.o. – otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, na którą to czynność 28 października 2010 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i punktu 12.10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez niepoprawienie w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki polegającej na wskazaniu przy podawaniu ceny roboczo-dniówki w poszczególnych częściach przetargu nieistniejącej stawki VAT w wysokości 23 %,

2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i punktu 5.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającego na nieodrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. mimo, że ww. wykonawcy nie dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

i w tym zakresie złożyli nieprawdziwe oświadczenie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej wspólnie przez Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. i odrzucenie ich oferty, dokonania wyboru oferty Odwołującego, ewentualnie w przypadku uznania, że obie oferty powinny podlegać odrzuceniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę ze względu na zastosowanie w niej niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług – zamiast stawki 22 %, 23%. Zdaniem Odwołującego taka omyłka powinna być traktowana jako oczywista omyłka rachunkowa i sprostowana przez Zamawiającego z urzędu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywano co prawda, że błąd w stawce VAT nie podlega sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie mamy w tym przypadku do czynienia z omyłką, lecz ze świadomym błędnym złożeniem oświadczenia, ale stanowisko to odnosiło się do sytuacji, w których zastosowano błędną stawkę określoną w przepisach o VAT tj. np. zamiast 22% stawkę 7%. W niniejszej sprawie zastosowano nieistniejącą stawkę VAT wynoszącą 23%, pogarszając jednocześnie swoje szanse na uzyskanie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Ponadto Zamawiający wybierając ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. nie wziął pod uwagę, że została ona złożona z rażącym naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i punktu 5.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi wykonawca powinien dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punktach od 3.3. do 3.4.18 wskazano precyzyjnie nie tylko, jakimi pracownikami powinien dysponować wykonawca, ale również określono kwalifikacje, jakie muszą spełniać pracownicy z uwagi na przedmiot zamówienia. Wymogi stawiane pracownikom są bardzo wysokie i wynikają przede wszystkim

z przepisów prawa górniczego, które znajdują zastosowanie przy realizacji zamówienia. Wybrany wykonawca do swojej oferty załączył wykaz personelu oraz złożył oświadczenie, że realizację przedmiotu zamówienia wykona z ich udziałem, jednak ów wykaz personelu zawiera 16 nazwisk osób, którzy są pracownikami Odwołującego (wymieniono nazwiska) i zamierzają dalej, również w 2011 r. kontynuować zatrudnienie u Odwołującego. Natomiast według oświadczeń ww. pracowników (zostały one załączone do odwołania) nie tylko nie wiąże ich żadna umowa z wybranym wykonawcą, ale również nigdy nie były prowadzone jakiegokolwiek rozmowy na temat ich zatrudnienia. Ponadto czterech ze wskazanych pracowników łączy z Odwołującym umowa o zakazie konkurencji po ustaniu zatrudnienia. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. nie dysponowali na dzień złożenia oferty jak i obecnie, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wprowadzili w tym zakresie Zamawiającego w błąd i ich oferta powinna zostać odrzucona.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniósł o jego oddalenie wskazując, że VAT w ofercie Odwołującego został wskazany jednoznacznie, a to wykonawca, a nie zamawiający wybiera stawkę VAT. W odniesieniu do wykazu osób wskazanych przez Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. stwierdził, iż obaj wykonawcy złożyli oświadczenia o dysponowaniu osobami, które były dla niego wystarczające do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie wnikał, jakie są relacje między wykonawcami a tymi osobami. Same umowy o zakazie konkurencji nie są przeszkodą w podjęciu pracy, pracownik taki może co najwyżej zapłacić karę. Dysponowanie tymi samymi osobami przez obu wykonawców może być związane z tym, iż osoby te zobowiązane są nie tylko posiadać uprawnienia, ale i aktualne doświadczenie wynikające z przepisów górniczych w postaci ostatnich 6 miesięcy przepracowanych na maszynie. Powtarzające się nazwiska tych osób nie wywoływały jego niepokoju, gdyż Karbon Sp. z o.o., Bemar Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. przez lata prowadziły wspólną działalność w stosunku do Zamawiającego

i Zamawiający znał nazwiska tych osób jako występujących u nich, a nie wie, u kogo te osoby zamierzają pracować.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o., jednak ich przystąpienie Izba uznała za nieskuteczne ze względu na niezachowanie wymogów formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 7 rozporządzenia *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (do dnia rozprawy i wydania wyroku nie wpłynęło ono w formie pisemnej).

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych dokumentach Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała również, iż Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony nie jest sporny pomiędzy Stronami i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania, zatem nie ma potrzeby jego ponownego przytaczania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego – zaniechania poprawienia omyłki w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z przywołanym przez Odwołującego art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest poprawić w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji

rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W okolicznościach zaistniałych w niniejszym postępowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie ma zastosowania, gdyż kwestia VAT (oprócz wymogu podania jego kwoty), w ogóle nie została podniesiona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie można mówić o jakiegokolwiek niezgodności, w tym zakresie, oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. (Wskazany w odwołaniu pkt 12.10 jest przytoczeniem art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Poza tym, aby zamawiający mógł dokonać korekty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi powziąć on przekonanie, iż zaistniała sytuacja jest omyłką, czy też wynikiem omyłki, a w przypadku omyłki rachunkowej wręcz oczywistą omyłką.

Zgodnie z przyjętymi definicjami oczywistą omyłką rachunkową jest błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Natomiast przymiotem omyłki jest jej zaistnienie „niechcący”, a nie poprzez celowe działanie podmiotu.

Zdaniem Izby w niniejszym stanie faktycznym nie można mówić o omyłce. Odwołujący w formularzu oferty podał, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zryczałtowaną cenę roboczo-dniówki w postaci: netto, podatek od towarów i usług oraz brutto, każdą z tych kwot liczbowo oraz słownie. Dla każdej z trzech części zamówienia były to odpowiednio netto 217 zł, VAT 49,91 zł, brutto 266,91 zł. Dodatkowo Odwołujący w każdej z części zawarł dopisek „(23%)”, pomimo że Zamawiający nie żądał podania stawki VAT, a jedynie jego kwoty. Zatem nie tylko obliczenia (*notabene* – prawidłowe arytmetycznie), ale i wskazanie stawki 23%, które należy uznać za celowe, wskazują, iż działania Odwołującego nie były omyłkowe, lecz świadome. Zdaniem Izby, z takiego oświadczenia Odwołującego można powziąć raczej przypuszczenie nie o omyłce, lecz o uwzględnieniu w ofercie zapowiadanego wzrostu podstawowej stawki podatku od towarów i usług z 22 do 23%.

Ponieważ jednak Odwołujący nie uzasadniał odwołania w powyższy sposób, Izba nie jest uprawniona do rozszerzania, czy wręcz zmiany zarzutu poprzez samodzielne prowadzenie argumentacji w tym kierunku.

W odniesieniu do zarzutu nieodrzczenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o., mimo że nie dysponują oni osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i w tym zakresie złożyli nieprawdziwe oświadczenie, Izba uznała na wstępie, iż pomimo błędnego przytoczenia podstawy prawnej zarzutu – odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamiast wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzut Odwołującego jest jasno sprecyzowany i może zostać rozpoznany.

Izba stwierdziła, że do odwołania Odwołujący załączył oświadczenia części osób wymienionych przez Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. w „Wykazie personelu” (str. 24 i nast. oferty), w których osoby te oświadczyły, iż wykonawcy ci nie proponowali im zatrudnienia, a osoby te nie wyraziły zgody na zatrudnienie u któregoś z tych podmiotów. (Odwołujący załączył również kopie umów dotyczących zakazu konkurencji w odniesieniu do niektórych z tych osób, lecz rzeczywiście, jak wskazał Zamawiający, osoby te mogą się z nich zwolnić poprzez zapłacenie kary umownej, więc nie mają one w tych okolicznościach znaczenia dowodowego). Jednak same przedstawione przez Odwołującego oświadczenia osób uprawdopodobniają twierdzenie Odwołującego w zakresie tego zarzutu, tj. że wykonawca nie dysponuje wskazanymi osobami i tym samym przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Jednak, ze względu na niedopuszczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. do udziału w niniejszym postępowaniu odwoławczym ze względu na niedochowanie wymogów formalnych przystąpienia oraz fakt, że sam Zamawiający również procedury wyjaśniającej nie prowadził, sam też, co jest oczywiste, takich informacji nie posiada, słuszne jest, aby również te podmioty mogły przedstawić swoje stanowisko, Izba postanowiła



nakazać Zamawiającemu wpieryw przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w zakresie określonym w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno – Technicznych Sp. z o.o. i Gwarex Sp. z o.o. Zamawiający zatem powinien wezwać te podmioty do złożenia stosownych wyjaśnień (wraz z przedstawieniem dowodów na ich poparcie), a dopiero w braku przedstawienia dowodów, że przedstawione informacje są prawdziwe, tego wykonawcę wykluczyć.

Dla porządku Izba zwraca uwagę, iż powyższa procedura odnosi się do art. 24 ust. 2 pkt 3, a nie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponieważ odwołanie dotyczy okoliczności mających wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....