

Sygn. akt KIO/UZP 11/07

WYROK
z dnia 02.01.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Stanisław Sadowy
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w ~~dniach~~* 02.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o., Kraków, Ul. Bajeczna 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, Kraków, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 22** protestu / ~~protestów~~* z dnia 15.11.2007 r.

przy udziale **Zakład Studniarski Józef Ciastoń, Wieliczka, Szczygłów 67** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie ~~odwołującego się~~ oraz zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, Kraków, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 22**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o., Kraków, Ul. Bajeczna 6.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy.) przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, Kraków, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 22** na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o., Kraków, Ul. Bajeczna 6,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o., Kraków, Ul. Bajeczna 6.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Obsługę i konserwację 37 studni Bariery odwadniającej miasto Kraków”, którego dotyczy złożone odwołanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą pzp”. Postępowanie to zostało wszczęte przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie w trybie przetargu nieograniczonego poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym WE w dniu 6 września 2007 r. (ogłoszenie nr: 2007/S 171-210831). Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie poprzez wybór oferty najkorzystniejszej przekazując o tym fakcie informację wykonawcom, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, w piśmie z dnia 8 listopada 2007 r. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Zakład Studniarski, Józef Ciastoń z siedzibą w Wieliczce.

Na tę czynność Zamawiającego wykonawca, zajmujący drugą lokatę w rankingu ocen ofert dokonany przez Zamawiającego, tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w piśmie z dnia 15 listopada 2007 r. (z tą samą datą wpływu do Zamawiającego) złożył protest. W swoim proteście wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego odrzuceniu z udziału w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera omyłki rachunkowe, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy pzp lub błędy w obliczeniu ceny;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) art. 7 ust. 3 ustawy pzp poprzez wybór oferty, prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu w terminie 3 dni od otrzymania wezwania od Zamawiającego złożył swoje przystąpienie wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W swoim przystąpieniu wykonawca

zakwestionował podniesione wobec jego oferty zarzuty przedstawiając w tym zakresie uzasadnienie faktyczne.

Zamawiający, rozpatrując w piśmie z dnia 26 listopada 2007 r., złożony protest oddalił, uznając bezzasadność podniesionych w nim zarzutów.

W związku z oddaleniem protestu Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno Inżynieryjne Sp. z o.o., zwane dalej „Odwołującym”, złożyło w dniu 30 listopada 2007 r. (data stempla pocztowego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący ponownie podniósł zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy pzp
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp
- 4) art. 7 ust. 3 ustawy pzp

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy – Zakład Studniarski Józef Ciastoń
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy – Zakład Studniarski Józef Ciastoń
- powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

Odwołujący nie ponowił jednego zarzutu z protestu, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Do postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 4 grudnia 2007 r. (wpływ do UZP: 7 grudnia 2007 r.) Józef Ciastoń prowadzący działalności gospodarczą pn.: Zakład Studniarski przyłączył się po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Odwołujący, którego oferta w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została ujęta w pozycji drugiej w rankingu oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego, wykazał swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów stwierdzić należy co następuje.

Po pierwsze - Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu **potwierdził się**. Odwołując tak w proteście, jak i w odwołaniu wskazał, że przedsiębiorca Józef Ciastoń prowadzący Zakład Studniarski, nie złożył wymaganych w postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków finansowych udziału w postępowaniu. W odniesieniu do żądania Zamawiającego, aby przedstawić *„sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również opinią o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające obroty oraz należności i zobowiązania – za okres nie dłuższy niż trzy ostatnie lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”* (pkt 4 lit. g SIWZ), wykonawca złożył własne, pisemne oświadczenia o obrotach, zobowiązaniach i należnościach.

Art. 25 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów. Art. 26 ust. 1 ustawy pzp stanowi natomiast, że w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość jest równa lub przekracza wartości kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp (tj. przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Dz. U. Nr 87, poz. 604, którego przepisy miały zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) zamawiający **żąda** od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie ust. 2 przywołanego artykułu wskazuje, że w postępowaniach poniżej tych wartości zamawiający **może żądać** dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału. Wskazane przepisy przewidują jednoznaczną sytuację, że w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów unijnych zamawiający, jeśli stawia wykonawcom jakieś warunki udziału w postępowaniu powinien bezwzględnie żądać na potwierdzenie tej okoliczności dokumentów. W zamówieniach o wartości poniżej tych progów Zamawiający przy weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu może poprzestać jedynie na oświadczeniu wykonawcy.

Wartość szacunkowa przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została określona przez Zamawiającego na kwotę: 274 709,53 euro, a więc

powyżej wartości progów UE. Uwzględniając powyższe Zamawiający miał obowiązek żądać od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych dokumentów. Zakres żądanych dokumentów *stricto* określają - stosownie do treści art. 25 ust. 2 ustawy pzp - przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605). Wyłącznie dokumenty wskazane w treści tego rozporządzenia mogą być żądane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisom rozporządzenia odpowiadało żądanie Zamawiającego zawarte w tym zakresie w pkt 4 lit. g SIWZ.

Osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą jest zobowiązana w zależności od przyjętego sposobu rozliczania z podatku do sporządzania i przedkładania właściwym urzędom skarbowym odpowiednich dokumentów (zeznań podatkowych). Dokumenty te można potraktować jako inne dokumenty obok sprawozdania finansowego potwierdzające obroty, należności i zobowiązania wykonawcy, wymagane na potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowej wykonawcy.

Takim oficjalnym dokumentem wskazującym na aktywa, pasywa wykonawców, jak również dochód, zysk, koszty działalności, straty, zobowiązania finansowe w zakresie prowadzonej działalności jest przykładowo PIT I F-10. Podobne stanowisko w tym zakresie zaprezentowane zostało w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2006 r. (sygn. akt: X Ga 88/06) wydanym w sprawie skargi na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 lutego 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-472/06). Sąd Okręgowy opierając się jednocześnie na stanowisku judykatury (wyr. Sądu Antymonopolowego z dnia 10 lipca 2002 r., XVII Ama 78/01) stwierdził, że dane zawarte w PIT I F-10 obrazują zarówno aktywa, jak i pasywa oferentów, dochód, zysk, koszty działalności, straty, zobowiązania finansowe. Tym samym Sąd Okręgowy uznał, że zeznanie roczne PIT spełnia warunki innego dokumentu w rozumieniu § 1 ust. 3 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia, jak i warunki z art. 26 ust. 1 ustawy. Każde zeznanie podatkowe jest dokumentem sporządzany co prawda przez samego wykonawcę (nosi więc znamiona jego oświadczenia wiedzy), natomiast zgodnie z obowiązującymi przepisami dokument ten jest składny właściwemu urzędowi skarbowemu, przez co zyskuje on przymiot dokumentu, wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w zamówieniach powyżej wartości progów UE.

Brak wymaganego dokumentu w ofercie wykonawcy powinien co do zasady skutkować wezwaniem Zamawiającego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Uwzględniając jednak dalsze ustalenia Składu Orzekającego Izby co do konieczności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z innej przesłanki i

odrzućenia jego oferty, wzywanie do uzupełniania dokumentu w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Bez znaczenia w tym przypadku są również rozważania Zamawiającego dotyczące kwestii, że złożone w niniejszym przypadku przez wykonawcę oświadczenie stanowi dokument w rozumieniu przepisu art. 245 kpc, czyli jest dokumentem prywatnym, który dopuścił Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisy Kpc nie mają zastosowania. W sytuacjach nieuregulowanych - stosownie do treści art. 14 ustawy pzp - w postępowaniu tym znajdują zastosowanie przepisy Kc, a nie Kpc, czy też tym bardziej Kpa. Jak już wskazano przepisy ustawy pzp (art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 1) oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, posiadają w tym zakresie stosowne regulacje. Uwzględniając zatem tę okoliczność Skład Orzekający Izby nie uznał za konieczne odniesienie się do tej kwestii.

Podnosząc wskazany zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy pzp Odwołujący wskazał ponadto, że Wykonawca Józef Ciastoń Zakład Studniarski załączył do oferty referencje, z których nie wynika należyte wykonanie zamówień przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia wykonawcy. Odwołujący wskazał, że z treści załączonych do oferty referencji nie wynika wprost, aby wskazane prace były wykonane należyście, a tylko tyle, że zostały wykonane. Odwołujący tym samym wskazuje, że nie został wypełniony wymóg SIWZ oraz przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów o konieczności wykazania się należytych wykonaniem zamówienia. **Nie można zgodzić się z tym zarzutem.** Jeżeli bowiem treść referencji wskazuje, że dane zamówienie zostało wykonane, bez jednoczesnego wykazywania przez podmiot, na rzecz którego dana praca była wykonywana jakikolwiek nieprawidłowości, czy wad w realizacji tego zamówienia, brak jest podstaw do postawienia twierdzenia, że dana praca została wykonana wadliwie, co oznacza, że została wykonana należyście. Odwołujący nie uprawdopodobnił w żadnym zakresie, że którekolwiek z prezentowanych w wykazie zamówień zostało wykonane nienależyście, a to na nim – stosownie do treści art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy pzp – spoczywa ciężar dowodowy.

Odwołujący w ramach tego samego zarzutu podniósł, iż załączone referencje nie potwierdzają wykonania zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, czego wymagał Zamawiający w pkt 4 lit. g SIWZ. Zarzut ten Skład Orzekający Izby **uznał za zasadny**. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wykazał się realizacją robót budowlanych (przykładowo:

przebudowa ujęć wody podziemnej, wykonanie remontów studni), a nie usług objętych przedmiotem zamówienia szczegółowo opisanych przez Zamawiającego w załączniku nr 4 do SIWZ. Przedłożone przez Przystępującego, na skutek wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wykonane zamówienia nie odpowiadają zatem rodzajowo i wartościowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Powyższe pośrednio potwierdził sam Przystępujący w treści swojego przystąpienia do postępowania protestacyjnego stwierdzając, że posiada on doświadczenie w zakresie realizacji usług objętych przedmiotowym zamówieniem i na tę okoliczność może dostarczyć, na żądanie, stosowne referencje. Na skutek takiego żądania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w postaci wykazu wykonanych usług oraz dokumentów na potwierdzenie ich należytego wykonania, dokumenty te nie zostały przez tego wykonawcę przedłożone. Powyższe stanowi samoistną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Ostatnia okoliczność wskazująca – zdaniem Odwołującego – na konieczność wykluczenia wykonawcy Józef Ciastoń Zakład Studniarski – z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp to załączenie do oferty polisy, która nie potwierdza faktu ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Do oferty Przystępującego została załączona polisa ubezpieczeniowa wystawiona przez WARTA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. Polisa ta opiewa na sumę 20 000 zł jako zakres podstawowy odpowiedzialności cywilnej. Zgodnie z pkt 4 lit i SIWZ wykonawcy ubiegający się o zamówienie powinni załączyć do oferty polisę ubezpieczeniową, albo inny dokument potwierdzający że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Jednocześnie w pkt 5.2 lit c Zamawiający postawił wykonawcom ubiegającym się o zamówienie warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę co najmniej 500 000 zł. Identyczny warunek został określony w pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu.

Skład Orzekający Izby odnosząc się do postawionego zarzutu **uznał go za zasadny**. Ewidentnie przedłożona przez wykonawcę w treści oferty polisa ubezpieczeniowa opiewa na kwotę niższą niż określona przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu. Skład Orzekający Izby nie uwzględnił argumentacji Zamawiającego, że wskazana polisa na kwotę 500 000 zł będzie wymagana przez niego dopiero na etapie podpisywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast na etapie badania i oceny ofert Zamawiający wziął pod uwagę jedynie konieczność dołączenia do oferty polisy ubezpieczeniowej bez wymogu ubezpieczenia wykonawcy na konkretną kwotę. Zauważyć należy, że w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek dokonać oceny potencjalnych możliwości wykonawców do realizacji zamówienia – w tym również ich zdolności finansowej – na podstawie oceny przedkładanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów. Dokumenty, które są żądane w postępowaniu – stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy pzp – mogą dotyczyć jedynie oceny spełniania postawionych w tym zakresie przez Zamawiającego warunków udziału. Warunek określony przez Zamawiającego w pkt 5.2 lit. c SIWZ był jednoznaczny – konieczność posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę co najmniej 500 000 zł. Stanowisko Zamawiającego, iż weryfikacja tego warunku może nastąpić po wyborze oferty najkorzystniejszej, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego przeczy podstawowej zasadzie udzielania zamówienia publicznego, tj. udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta jest ważna. Wybór oferty najkorzystniejszej powinien uwzględniać weryfikację wykonawców i ich ofert pod kątem formalnym i merytorycznym. Za najkorzystniejszą może być uznana wyłącznie oferta ważna i złożona przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Ponadto zachowanie zaproponowane przez Zamawiającego naruszałoby podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy pzp, tj. zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Na marginesie należy zauważyć, że jeśli Zamawiający nie chciał nadto obciążać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego koniecznością ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności na zbyt wygórowaną sumę, co faktycznie może podrażać koszty ofert, a więc i samego zamówienia publicznego, powinien to rozważyć na etapie formułowania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze dywagacje w tym zakresie podnoszone w trakcie oceny ofert są bezprzedmiotowe. Zamawiający bowiem, dokonując czynności badania i oceny ofert powinien oprzeć się na warunkach udziału w postępowaniu określonych w treści ogłoszenia oraz postanowieniach SIWZ.

Po drugie - Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczenia z udziału w postępowaniu **potwierdził się** wobec ustalenia przez Skład Orzekający Izby, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą faktycznie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Po trzecie – Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera omyłki rachunkowe, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy pzp lub błędy w obliczeniu ceny **nie potwierdził się**. Odwołujący wskazał, że oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą zawiera rozbieżności w zakresie ceny netto zaproponowanej w formularzu ofertowym (kwota: 462 375,20 zł) oraz ceny netto zaoferowanej w kosztorysie ofertowym (kwota: 462 373,20). Różnica ta sprowadza się zatem do rozbieżności o 2 zł w cenie ofertowej netto przedłożonej w dwóch wskazanych dokumentach. Odwołujący wskazał, że powyższa omyłka rachunkowa nie została i nie mogła też być - w świetle przepisów ustawy pzp - poprawiona przez Zamawiającego. Skład Orzekający Izby uznał, że wskazana rozbieżność nie ma wpływu na ważność oferty. Zgodnie bowiem z treścią art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy pzp przez cenę należy rozumieć: *wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym*.

Uwzględniając powyższe Zamawiający dokonując oceny ofert w kryterium cena powinien wziąć pod uwagę cenę brutto (z podatkiem VAT), ta zaś tak w formularzu ofertowym, jak i w kosztorysie została określona przez wykonawcę identycznie na kwotę 564 095,30 zł. Cena ofertowa brutto została obliczona przez Przystępującego prawidłowo - 22% podatek został obliczony od kwoty kosztorysowej netto, tj. 462 373,20 zł. Istotnym w tym względzie jest postanowienie zawarte w SIWZ dotyczące kosztorysowego wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, przyjętego przez Zamawiającego (zał. Nr 3 do SIWZ - § 3 projektu umowy). Uchybienie wykonawcy w zakresie omyłkowo wpisanej w formularzu ofertowym kwoty netto należy uznać jedynie jako oczywistą omyłkę pisarską, która nie miała wpływu na dokonaną przez Zamawiającego ocenę ofert w kryterium cena.

Po czwarte – Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy pzp poprzez wybór oferty, prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy pzp - wobec uwzględniania przez Skład Orzekający Izby wcześniejszych zarzutów, **potwierdził się**. Art. 7 ust. 3 ustawy pzp stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który podlega wykluczeniu oraz nie odrzucenie jego oferty, a jednocześnie jej wybór jako najkorzystniejszej, świadczy o naruszeniu przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego.

Warto w tym miejscu podkreślić jednocześnie, że podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w tym postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy pzp wykonawcą skutkowałoby – stosownie do treści art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp - nieważnością tej umowy. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien dbać o przestrzeganie przepisów ustawy pzp. Istotnie dla Zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej sprowadza się bowiem nie tylko do oceny ofert pod kątem ekonomicznym (oferta najtańsza pod względem kryterium ceny). Aby doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający powinien zweryfikować wykonawców pod kątem ich potencjalnych możliwości realizacji danego zamówienia publicznego. Ocena ta musi być dokonana wyłącznie na podstawie ustalonych przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowieniach SWIZ warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie żądanych dokumentów lub oświadczeń. W sytuacji, w której dany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu albo też nie przedkłada na tę okoliczność żądanych przez Zamawiającego dokumentów, powinien być bezwzględnie przez Zamawiającego wykluczony z udziału w postępowaniu nawet jeśli jego oferta z punktu widzenia ceny ofertowej jest dla tego zamawiającego najkorzystniejsza.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*