

Sygn. akt: KIO 1327/11

WYROK
z dnia 7 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne Spółdzielnia ZIB w Białej Podlaskiej, ul. Fabryczna 5, 21-500 Biała Podlaska** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Lokalowej Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 5, 21-500 Biała Podlaska**

orzeka:

1. oddała odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne Spółdzielnia ZIB w Białej Podlaskiej, ul. Fabryczna 5, 21-500 Biała Podlaska** i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne Spółdzielnia ZIB w Białej Podlaskiej, ul. Fabryczna 5, 21-500 Biała Podlaska** tytułem wpisu od odwołania;

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 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zakład Gospodarki Lokalowej Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej do (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Jana Kazimierza w Białej Podlaskiej”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 kwietnia 2011 r. pod nr 127367.

W postępowaniu tym wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne Spółdzielnia ZIB w Białej Podlaskiej, (dalej: „Odwołujący”) w dniu 22 czerwca 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, o dokonaniu której to czynności informacja została przekazana Odwołującemu w dniu 17 czerwca 2011 r.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w odwołaniu Zamawiającemu zarzucił:

- naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4, 89 ust. 1 pkt 5 i 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania;
- naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie wobec Odwołującego przez poprawienie w jego ofercie pomyłek dotyczących nieprawidłowej stawki podatku VAT i jednostek ilościowych w poz. 44 i 45 kosztorysu ofertowego i niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, polegające na przyjęciu, że błąd w obliczeniu podatku VAT i jednostek ilościowych w poz. 44 i 45 kosztorysu ofertowego, stanowi błąd w obliczeniu ceny powodujący odrzucenie oferty;
- naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4, 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp przez uznanie,

że wykonawca nie wykazał spełnienia wymogów udziału w postępowaniu, mimo że przedstawił wymagane przez Zamawiającego dowody, stosownie do treści art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący w powyższym zakresie wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno -Handlowo - Usługowego TRANSBUD Sp. z o.o. w Białej Podlaskiej jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności składających się na proces oceny spełnienia przez Odwołującego wymogów opisanych przez Zamawiającego w SIWZ,
3. uznanie, że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania opisane przez Zamawiającego w SIWZ;
4. powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej;
5. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
6. zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych.

Ponadto wniósł o dopuszczenie dowodów z:

- KRS Yuniversal Podlaski Sp. z o.o.,
- decyzji nr 1399/09 o zatwierdzeniu projektu i udzieleniu pozwolenia na budowę Yuniversalowi Podlaskiemu Sp. z o.o.
- przesłuchania członków zarządu Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. Juwenal Gimer i Tadeusz Zimnych na okoliczność zobowiązania się wobec Odwołującego do udostępnienia mu swoich zasobów i wiedzy w celu wykonania zamówienia oraz faktycznego wykonawstwa robót wymienionych w wykazie robót stanowiących załącznik do oferty, wykazania, że Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł co następuje;

Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło – jego zdaniem - z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż według ustalenia Zamawiającego wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a zatem podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wyjaśnił, że nie posiada własnego doświadczenia, a zatem posiłkował się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu, spełniając tym samym warunki udziału w postępowaniu stosownie do pkt III ust. 1.2 z uwzględnieniem „uwag” zawartych w SIWZ. Zamawiający zgodnie z pkt III SIWZ „warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny spełnienia tych warunków” wskazał w ust. 1 pkt 1.2, że o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. W uwagach do pkt

III w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy Zamawiający wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia i zdolnościach finansowych innych podmiotów, lecz w takim wypadku jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i skonkretyzował, że dowód w tym zakresie może stanowić przedstawione przez wykonawcę pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia.

Podniósł, że Zamawiający nie udowodnił braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Powołał się na zapisy „uwagi” zawartej na str. 3 SIWZ wskazującej na to, że dowodem na posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego jest pisemne zobowiązanie innego podmiotu, iż udostępni wykonawcy wiedzę i doświadczenie, podpisane przez uprawnionego, ponadto wykaz robót budowlanych. Odwołujący na dowód powyższej okoliczności przedstawił wskazane zobowiązanie, wymagane SIWZ oraz karty z dziennika budowy prowadzonej przez wskazany podmiot, oświadczenia podmiotu z dnia 13 czerwca 2011 r., że zrealizował na podstawie wskazanych decyzji budynki mieszkalne wielorodzinne oraz o kwalifikacjach i wiedzy pracownika kierownika budowy, dwie decyzje o wydaniu pozwolenia na użytkowanie budynków mieszkalnych wielorodzinnych z dnia 14 kwietnia 2011 i 4 stycznia 2011 r., wykaz robót budowlanych zrealizowanych przez podmiot, oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Analiza przedłożonych przez Odwołującego dokumentów, według niego, zgodnie z wymogami SIWZ prowadzi do wniosku, że Odwołujący przeprowadził skuteczny dowód, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podkreślił, że Zamawiający w szczególności nie wykazał, że treść wskazanych załączników była nieprawdziwa.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi naruszenie tego przepisu, gdyż stan faktyczny sprawy zbudowany w oparciu o poprawną analizę dowodów nie pozwalał na jego zastosowanie. W ocenie Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego co do potraktowania błędów w kosztorysie jako błędu w obliczeniu ceny nie można się zgodzić. W jego ocenie wskazane błędy powinny być zakwalifikowane jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, a to zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podlega poprawieniu. Wykluczało to jednak odrzucenie oferty Odwołującego zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO.

Odwołujący powołał się także na ustalony przez Zamawiającego wzór umowy, którym był związany Odwołujący, gdzie w § 10 pkt 5 ustalono, że wynagrodzenie wykonawcy uwzględnia wszystkie obowiązujące podatki, włącznie z podatkiem VAT, a zatem oferta Odwołującego, którą był związany, obejmowała cenę brutto, uwzględniającą podatek VAT,

który stosownie do zapisów ustalonej treści umowy winien być podczas fakturowania wyliczony poprawnie. W tych okolicznościach Odwołujący zobowiązał się do wykonania umowy zgodnie z SIWZ, stosownie do zawartych w umowie warunków płatności, gdyż zgodnie z art.36 ust. 1 pkt 4 i 16 wzór umowy stanowi część SIWZ, a zatem błąd w tym zakresie nie stanowił ze względów wyżej podanych błędu w ustaleniu ceny.

Co do kwestii odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na błędne przyjęcie w kosztorysie ofertowym w części „Instalacje wewnętrzne” w poz. 44 i 45, jednostek ilościowych, stwierdził że również ta kwestia nie może być zakwalifikowana jako błąd w obliczeniu ceny. Podkreślił, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia nie było wynagrodzeniem kosztorysowym, a w istocie ryczałtowym, zaś sporządzenie kosztorysu miało na celu obliczenie ceny na podstawie przedmiarów robót, stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ, a to zgodnie z ust. 4 pkt 4.3. natomiast w ofercie miała być podana cena brutto za całość zamówienia. Powyższe – jego zdaniem - wskazuje, że sporządzenie kosztorysów ofertowych na podstawie przedmiarów robót stanowiących zał. nr 2 do SIWZ miało charakter informacyjny. A zatem kalkulacja ceny proponowanej w ofercie miała wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych w oparciu o ceny jednostkowe robót i przedmiar robót opracowany przez Zamawiającego. W ten sposób rozumiana cena obejmowała cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia oraz stanowiła 90% kryterium oceny ofert. W tych okolicznościach ewentualne błędy w obliczeniu jednostek ilościowych w ocenie Odwołującego nie miały wpływu na treść oferty i nie mogły być traktowane jako błąd w obliczeniu ceny. Wskazał na dopuszczalność poprawienia przez Zamawiającego owych błędów przy zastosowaniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez uwzględnienie właściwej ilości jednostek ilościowych i obniżenie ceny jednostkowej.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w pełnym zakresie dodatkowo, przedkładając do akt sprawy oświadczenie Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. z dnia 29 czerwca 2011 r., wskazując, że firma ta jednoznacznie oświadczyła, iż była wykonawcą jak i inwestorem wskazanych robót.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 24 czerwca 2011 r. (znak: L.dz. 2555/2011) złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska nie zgodził się z zarzutami odwołania, wskazując jeszcze raz na przyczyny wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.. podkreślił, że niezachowanie przez Odwołującego należytej staranności w

profesjonalnym obrocie poprzez zaniechanie uwzględniania zmian SIWZ nie może być uznane za podstawę do poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego. Podkreślił też, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Podniósł, że kwestia zastosowania błędnej stawki Vat przez tego wykonawcę choć dyskusyjna w orzecznictwie KIO stanowi tylko dodatkową podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający przypominając brzmienie art. 22 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazał że w przypadku korzystania przez wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego to wykonawca jest zobowiązany Zamawiającemu udowodnić spełnienie tego warunku. Będące w dyspozycji Zamawiającego dokumenty – w jego ocenie – nie dawały mu podstaw do uznania, że Odwołujący posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie jak również okoliczność, iż przedłożył on skutecznie pisemne zobowiązanie innego podmiotu, który miałby wykonawcy udostępnić wiedzę i doświadczenie. W jego ocenie Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. nie był wykonawcą robót budowlanych zaprezentowanych w wykazie robót przedłożonym przez Odwołującego w ofercie, firma ta – jak wskazują przedłożone dokumenty była jedynie inwestorem na wskazanej inwestycji.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko co do prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Dodatkowo wskazał na kosztorysowy charakter wynagrodzenia umownego przewidzianego w niniejszym postępowaniu i w związku z tym na kwestie związane z nieprawidłowym Vat-em w kosztorysie ofertowym, które nie może być traktowane w inny sposób aniżeli błąd w obliczeniu ceny, także z uwagi na to, że Zamawiający podmiotowo uprawniony jest do ubiegania się o zwrot wpłaconego Vat-u, zatem w przypadku błędnej stawki VAT zastosowanej przez wykonawcę miałby utrudniony zwrot kwoty Vat-u.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty. Wskazana czynność Zamawiającego wprost pozbawiła tego wykonawcę możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale III SIWZ pkt 1.2 lit. a) dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób następujący: *„Wykonawca, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał budowę nowych budynków mieszkalnych wielorodzinnych o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 25 000 m³”*. Co do możliwości spełniania wskazanego wymogu przy użyciu zasobów podmiotu trzeciego we wskazanym rozdziale SIWZ w formie uwagi zamieścił wytyczne polegające na przywołaniu zapisów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Podobnie też Zamawiający w rozdział IV SIWZ pkt 2.1 lit. f) wskazał, że do oferty należy załączyć w przypadku wykonawców polegających na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów – pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Co do kwestii sposobu obliczenia ceny ofertowej Zamawiający zapisy w tym zakresie zamieścił w rozdziale IV SIWZ pkt 4, gdzie wskazał m.in., że:

- w ofercie należy podać cenę brutto za całość zamówienia z naliczonym zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkiem VAT oraz wartość bez podatku VAT – cyfrowo i słownie, a także wartość podatku VAT (pkt 4.2 SIWZ)
- kosztorys ofertowy należy sporządzić w celu obliczenia ceny ofertowej na podstawie przedmiarów robót, stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ, zachowując kolejność, rodzaj i ilość zamieszczonych w nim robót, wskazując także, że ceny jednostkowe należy podać bez VAT, zaś do obliczonej wartości kosztorysowej należy dodać obowiązujący podatek VAT (pkt 4.3 SIWZ);
- ceny jednostkowe podane przez wykonawcę są cenami ostatecznymi i nie podlegają zmianie w trakcie wykonywania umowy, w cenę zaś wykonawca ma obowiązek ująć wszelkie składniki kosztowe niezbędne do realizacji zamówienia (pkt 4.4. SIWZ);
- cena całkowita i ceny jednostkowe podane przez wykonawcę nie będą podlegały

waloryzacji podczas wykonywania umowy (pkt 4.5 SIWZ);

- ostateczne wynagrodzenie zostanie ustalone po wykonaniu zamówienia według cen jednostkowych ujętych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót (pkt 4.6 SIWZ).

Jednocześnie też Zamawiający sporządził wzór formularza ofertowego w postępowaniu – załącznik nr 3 – gdzie wymagał wpisania ceny ofertowej brutto oraz wartości netto tego wynagrodzenia i wartości w złotych podatku VAT zgodnie z kosztorysem ofertowym.

Zamawiający określił też projekt umowy stanowiący załącznik nr 8 do SIWZ, gdzie w § 10 określił warunki wypłaty wynagrodzenia umownego z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. W ust. 4 wskazano, że jest to wynagrodzenie umowne za przedmiot umowy zgodny z kosztorysem ofertowym w określonej wysokości brutto zaś w ust. 6 wskazano, że wykonawca będzie wystawiał faktury po przeprowadzeniu odbiorów i rozliczeń etapów robót kosztorysem powykonawczym.

Zamawiający w postępowaniu dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie przedmiaru robót dotyczącego Instalacji elektrycznych wewnętrznych, wskazując, że w poz. 44 w kolumnie „ilość” jest: 140 kpl, a powinno być: 210 kpl oraz w poz. 45 w kolumnie „ilość” jest: 24 szt., a powinno być: 94 szt.

Izba ustaliła, że Odwołujący w swojej ofercie dla wypełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zamieścił oświadczenie – zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania Odwołującemu swoich zasobów wiedzy i doświadczenia (str. 89 oferty) oraz wykaz robót (str. 90 oferty), wskazując tam 4 wykonane prace, w tym dwie dotyczące wybudowania budynku mieszkalnego, gdzie w poz. „Inwestor” wskazano na Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. Dla tych prac załączono oświadczenie wskazanej firmy z dnia 23 maja 2011 r., w którym firma Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. stwierdza, że zrealizowała i uzyskała pozwolenie na użytkowanie wskazanych budynków mieszkalnych (str. 93 oferty). Dołączono tam także dwie decyzje Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego Powiatu Grodzkiego w Białymstoku z dnia 14 kwietnia i 4 stycznia 2011 r. (str. 94-97 oferty) dotyczące wydania pozwolenia na użytkowanie dwóch budynków mieszkalnych, gdzie jako inwestor wskazano Yuniversal Podlaski Sp. z o.o.

W ofercie Odwołującego w kosztorysie ofertowym dotyczącym robót budowlanych przygotowawczych Izba ustaliła, że do całości tych robót wskazał stawkę podatku VAT 23% (str. 6 i 7 oferty) oraz w kosztorysie dotyczącym robót budowlanych budynku stawkę 8% (str. 8 i 9 oferty).

Izba ustaliła także, że Zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2011 r. zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia m.in. następujących kwestii:

- w jaki sposób udostępnione przez Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. zasoby będą

wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia, powołując się także w tym zakresie na opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 maja 2010 r.;

- czy firma Yuniversal Podlaski Sp. z o.o., na której doświadczenie Odwołujący powołuje się, była wykonawcą wymienionych inwestycji, tj., czy faktycznie wykonywała roboty budowlane na tych obiektach; z załączonych dokumentów – według Zamawiającego – wynika bowiem, że firma ta realizował je jako inwestor, zaś w ofercie Odwołującego nie przedstawiono żadnego dokumentu potwierdzającego wykonawstwo robót;
- zastosowania 23% stawki podatku VAT w kosztorysie ofertowym w części dotyczącej robót budowlanych przygotowawczych budynku mieszkalnego.

Odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego w wykazie robót dwóch budynków mieszkalnych Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy wykonawca posiada doświadczenie wymagane w SIWZ z uwzględnieniem przywołanych w piśmie Zamawiającego uwag co do wykazywanego przez Odwołującego doświadczenia, Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień w piśmie z dnia 10 czerwca 2011 r., wskazując m.in., że:

- art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala na korzystanie przez wykonawcę przy wykazaniu się spełnianiem warunków podmiotowych potencjałem podmiotu trzeciego niezależnie do charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Podkreślił, że pomiędzy nim, a firmą Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. zostanie podpisana umowa, na mocy której zostaną spełnione wymagania z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez ustanowienie menadżera kontraktu w osobie Pana Juwenal Gimer. Podkreślił, że stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych o konieczności udziału w charakterze podwykonawcy podmiotu trzeciego w przypadku korzystania z jego wiedzy i doświadczenia, nie znajduje żadnego umocowania w przepisach prawa;
- co do wykazu robót budowlanych wymieniono realizację budynku mieszkalnego wielorodzinnego A o wartości 23 206 704,00 zł brutto oraz budynku B o wartości 7 888 314,50 zł brutto przez przedsiębiorstwo Yuniversal Podlaski Sp. z o.o., które było wykonawcą tych obiektów. W tym zakresie Odwołujący wskazał także, że dokumentem potwierdzającym ten fakt jest załączone przez niego do pisma oświadczenie;
- Zastosowana stawka 23% w kosztorysie ofertowym w części dotyczącej robót budowlanych przygotowawczych budynku mieszkalnego ma uzasadnienie w § 41 ust. 13 ustawy o podatku od towarów i usług, łącznie z załącznikiem nr 3 do tej ustawy w związku z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 73, poz. 392), łącznie z załącznikiem nr 1.

W załączeniu do swoich wyjaśnień Odwołujący przedłożył:

- oświadczenie Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2011 r. o tym, iż na wskazanych inwestycjach funkcje kierownika budowy pełnił Pan Mariusz Turczyn, który podczas wykonywania tej funkcji był pracownikiem spółki Yuniversal Podlaski.
- oświadczenie Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2011 r. o tym, iż wskazana firma zrealizowała i uzyskała pozwolenie na użytkowanie obydwu budynków mieszkalnych;
- wyciąg 4 stron z Dziennika Budowy nr 1174/08 z dnia 5 listopada 2008 r., gdzie jako inwestor wskazano firmę Yuniversal Podlaski Sp. z o.o.
- wykaz robót budowlanych analogiczny jak złożony w ofercie.

W piśmie z dnia 16 czerwca 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o:

- wyborze jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe TRADBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej oraz o
- wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu nie wykazania spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wskazując, że wykonawca nie posiada własnego doświadczenia, natomiast, powołując się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. nie wykazał jednoznacznie, iż podmiot ten był wykonawcą robót wymienionych w wykazie robót, jak również o
- odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania oraz o
- odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż w kosztorysie ofertowym w części dotyczącej robót budowlanych budynku w elemencie Elewacje i roboty zewnętrzne od poz. 223 do poz. 237 należało zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 23% jako robót dotyczących małej architektury oraz dojść do budynku, stanowiących infrastrukturę towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu nie objętą stawką preferencyjną 8%, zgodnie z obowiązującymi przepisami o podatku VAT oraz w kosztorysie ofertowym w części Roboty budowlane przygotowawcze wykonawca zastosował stawkę VAT 23%, podczas gdy prawidłową stawką jest 8% z uwagi na to, że są to roboty przygotowawcze bezpośrednio związane z wykonaniem robót budowlano – montażowych budynku mieszkalnego i zgodnie z art. 146 ust. 2 oraz art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług objęte preferencyjnym opodatkowaniem jako dotyczące bezpośrednio obiektu budynku mieszkalnego

objętego społecznym programem mieszkaniowym;

- Zamawiający poinformował także, że w kosztorysie ofertowym Odwołującego w części Instalacje elektryczne wewnętrzne w poz. 44 i 45 wykonawca ten przyjął błędne jednostki ilościowe (w poz. 44 zamiast 210 kpl wpisano 140 kpl, zaś w poz. 45 zamiast 94 szt. wpisano 24 szt.), co wskazuje na to, że Odwołujący nie zaktualizował danych dotyczących SIWZ w swojej ofercie, czego nie można było – zdaniem Zamawiającego – poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że niezasadnym był zarzut Odwołującego dotyczący wykluczenia go z postępowania z powodu niespełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Izba uznała, że zasadne były wątpliwości, które powziął Zamawiający w oparciu o treść oferty Odwołującego. Do oferty załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego, które - w ocenie Izby - jest prawidłowe i potwierdza udostępnienie przez firmę Yuniversal Podlaski Odwołującemu swoich zasobów wiedzy i doświadczenia. Załączony do oferty wykaz robót, wskazujący na inwestora inwestycji dotyczących wykonania dwóch budynków mieszkalnych swoim zakresem co do rodzaju, rozmiaru i wartości inwestycji także może potwierdzać spełnianie warunku opisanego w SIWZ. Wykonawca, wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia samodzielnie, czy też korzystając z potencjału podmiotu trzeciego ma także obowiązek załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazywanych prac. Odwołujący w tym zakresie załączył oświadczenie Yuniversal Podlaski jako inwestora inwestycji, w którym to oświadczeniu sam ten podmiot potwierdza zrealizowanie i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie wykazywanych budynków. W załączonych decyzjach o wydaniu pozwolenia na użytkowanie tych budynków firmę Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. także wskazuje się jako inwestora. Żaden z załączonych do oferty dokumentów nie wskazuje natomiast na okoliczność, kto miałby być faktycznym wykonawcą robót budowlanych na wskazanych inwestycjach.

Z tych też względów – zdaniem Izby – uzasadnione było skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień co do wskazania faktycznego wykonawcy robót, a także wezwanie do uzupełniania dokumentów, które w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzałyby doświadczenie wykonawcy w postępowaniu.

Uzupełnione przez Odwołującego dokumenty także – w ocenie Izby – nie rozwiąły powziętych przez Zamawiającego wątpliwości. Odwołujący bowiem po raz wtóry przedłożył ten sam wykaz robót i analogicznej treści oświadczenie firmy Yuniversal Podlaski o zrealizowaniu i uzyskaniu pozwolenia na budowę co do wykazywanych dwóch obiektów. Oświadczenie to, tak złożone w ofercie, jak i uzupełnione w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie potwierdzają wprost okoliczności, iż Yuniversal Podlaski Sp. z

o.o. był wykonawcą robót budowlanych na wskazanych inwestycjach, a nie wyłącznie ich inwestorem. Wątpliwości te dodatkowo uzasadnione są tym, że sam Odwołujący w piśmie stanowiącym wyjaśnienie dotyczące treści złożonych dokumentów wskazał, że załącza oświadczenie, które potwierdza, że Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. był wykonawcą robót budowlanych na wykazywanych inwestycjach. W żadnej mierze załączone przez Odwołującego oświadczenie tej okoliczności jednak nie potwierdza. Także załączone wyciągi z Dziennika Budowy wskazane wątpliwości wręcz pogłębiają, bowiem dołączono jedynie fragmenty Dziennika, z których jednoznacznie wynika, że Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. był inwestorem wskazanych jako doświadczenie Odwołującego robót budowlanych. Z żadnego miejsca tego dokumentu nie wynika, że firma ta była jednocześnie wykonawcą tych robót. Zdaniem Izby na powyższe nie może także wskazywać oświadczenie firmy Yuniversal Podlaski Sp. o.o. o tym, że jeden z pracowników tej firmy był kierownikiem budowy na wskazanej inwestycji. Doświadczenie uzyskane przez jedną osobę, nawet wykonującą określone samodzielnie funkcje techniczne na robotach budowlanych po stronie określonego podmiotu, nie może być przenoszone jako doświadczenie tego podmiotu. O powyższym mógłby świadczyć określony stosunek zobowiązaniowy tego podmiotu do wykonania określonych prac na czyjąś rzecz, albo też jednoznaczne oświadczenie tego podmiotu, że samodzielnie wykonywał określone roboty budowlane w sposób prawidłowy, zgodnie z przyjętymi założeniami, będąc jednocześnie inwestorem określonej inwestycji. Uzyskanie przez jedną osobę (pracownika określonej firmy) doświadczenia na inwestycji może być traktowane jako wiedza i doświadczenie tego podmiotu (osoby fizycznej) przy wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych na budowie, czyli traktowane jako potencjał kadrowy, tj. doświadczenie osoby zdolnej do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), a nie wiedza i doświadczenie wykonawcy (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Zgodzić należy się z Odwołującym, że dokumentem wystarczającym dla przeniesienia na wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego określonego potencjału dotyczącego wiedzy i doświadczenia jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, przy wykazaniu, że podmiot ten będzie mógł udostępnić swój potencjał wykonawcy w trakcie wykonania zamówienia, co wcale nie oznacza obowiązku faktycznego zaangażowania się tego podmiotu w wykonawstwo robót stanowiących przedmiot zamówienia (korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego może odbywać się także np. na zasadach doradztwa). W przedmiotowej sprawie takie zobowiązanie zostało przez Odwołującego przedłożone. Wątpliwości Zamawiającego jednak wzbudziła innego rodzaju okoliczność, a mianowicie, czy podmiot trzeci udostępniający Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych faktycznie to doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych posiada. Wszystkie bowiem dokumenty w tym zakresie przedłożone przez Odwołującego stawały pod dużym znakiem zapytania tę okoliczność.

Odwołujący w tak szczególnej sytuacji, jak sytuacja, w której jednocześnie wykonawcą i inwestorem robót budowlanych miałby być ten sam podmiot powinien dochować szczególnie należytej staranności, aby w sposób niebudzący wątpliwości wykazać Zamawiającemu spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Skoro wskazanych, uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, Odwołujący nie był w stanie usunąć, także w drodze wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, stwierdzić należało, że nie udowodnił on Zamawiającemu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, co w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – daje podstawę do wykluczenia go z udziału w postępowaniu. We wskazanym przepisie ustawy Pzp, jak i w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, mówi się bowiem o udowodnieniu Zamawiającemu przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym także szczególnej możliwości spełniania tych warunków, poprzez korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego. W tym ostatnim przypadku faktycznie ustawodawca wskazał na jeden z możliwych dowodów – pisemne zobowiązanie do udostępnienia określonych zasobów udzielone przez podmiot trzeci wykonawcy ubiegającemu się o dane zamówienie. Jeśli jednak ten przykładowo wskazany w ustawie Pzp szczególny dowód na potwierdzenie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego obiektywnie budzi określone wątpliwości, w takiej sytuacji ciężar dowodu nałożony przez ustawodawcę na wykonawcę zobowiązuje go do wykazania Zamawiającemu wszelkimi możliwymi sposobami okoliczności dysponowania określonym zasobem podmiotu trzeciego, w taki sposób, aby te uzasadnione wątpliwości wyeliminować. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że Odwołujący pomimo szansy jaką w tym zakresie uzyskał od Zamawiającego, który w wezwaniu do złożenia wyjaśnień i uzupełniania dokumentów wskazywał na konkretne wątpliwości co do przedłożonych dokumentów dotyczących spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, tych wątpliwości nie usunął, co było podstawą – jak wskazano powyżej – do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Podstawą prawną do uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez Odwołującego w takim przypadku stanowi art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że oświadczenie Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. z dnia 29 czerwca 2011 r. złożone w toku rozprawy przez Odwołującego wskazanych wątpliwości usuwać nie może, bowiem dokument taki powinien być być złożony właściwemu podmiotowi, tj. Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ofercie, a najpóźniej na skutek wezwania do uzupełniania dokumentów, skierowanego do Odwołującego w tym zakresie. Przedłożenie właściwego dokumentu dopiero w toku postępowania odwoławczego nie może sanować błędów Odwołującego, bowiem prowadziłoby to – w ocenie Izby – do naruszania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców postępowaniu. Przedmiotem oceny Izby w kontekście spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę mogą być dokumenty złożone przez wykonawcę wraz z ofertą, a także uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bądź

wyjaśnienia tego wykonawcy, udzielone w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, w toku rozprawy oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego o przesłuchanie w charakterze świadków dwóch osób – członków zarządu firmy Yuniversal Podlaski Sp. z o.o. na okoliczność zobowiązania się wobec Odwołującego do udostępniania mu swoich zasobów i wiedzy w celu wykonania zamówienia oraz faktycznego wykonawstwa robót wymienionych w wykazie robót stanowiącym załącznik do oferty. Izba uznała, że przeprowadzenie tego dowodu w sposób nieuzasadniony wpłynie na przedłużenie postępowania odwoławczego w szczególności z tego względu, że okoliczności, które miały być wykazane wskazanym dowodem powinny stanowić przedmiot dowodzenia Zamawiającemu w toku postępowania o zamówienie publiczne i w tej mierze – jak wskazano powyżej - Izba mogła oprzeć się na dokumentach przedłożonych przez Odwołującego Zamawiającemu wraz z ofertą oraz w wyniku wyjaśnienia dokumentów i ich uzupełniania na wezwanie Zamawiającego. Okoliczności wywodzone przez Odwołującego ze wskazanych, wnioskowanych dowodów, także mogły zostać przez Izbę ustalone na podstawie pisemnego oświadczenia jednej z osób wnioskowanych o przesłuchanie w charakterze świadka, złożonego Izbie w toku rozprawy przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu bezzasadnego – zdaniem Odwołującego – odrzucenia jego oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się co do okoliczności związanych z podaniem niewłaściwych stawek podatku VAT.

Izba uznał, że Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na stwierdzony błąd w obliczeniu ceny w przyjętych - w sposób odmienny od ważnych - w świetle obowiązujących przepisów prawa, stawek podatku VAT w dwóch kosztorysach ofertowych: Roboty budowlane budynku i Roboty budowlane przygotowawcze.

Rozstrzygając o powyższym Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił jako wiążące dla wykonawców kosztorysowe wynagrodzenie, wbrew temu co w tym zakresie twierdził Odwołujący. Na kosztorysowy charakter wynagrodzenia – zdaniem Izby – wskazują postanowienia SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny ofertowej, gdzie wskazuje się na ostateczność cen jednostkowych określonych przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym i ostatecznym ustaleniu wynagrodzenia według tych właśnie cen jednostkowych ujętych w kosztorysie ofertowym. Na powyższe wskazują także postanowienia projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdzie wprost wskazuje się na rozliczenie robót kosztorysem powykonawczym. Powoływanie się przez

Odwołującego we wskazanym zakresie na to, że tak w ofercie, jak i w projekcie umowy Zamawiający przewidywał podanie wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy oraz to, że cena całkowita i ceny jednostkowe nie będą podlegały waloryzacji w trakcie wykonania zamówienia, nie potwierdza w żaden sposób, że mamy w tym przypadku do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. Podanie jednej całkowitej ceny w ofercie jest bowiem konieczne z punktu widzenia oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podanie tej ceny w ofercie przy jednoczesnym wskazaniu na rozliczenie kosztorysem powykonawczym, nie oznacza, że Zamawiający musi wykonawcy zapłacić za całość prac dokładnie umowną całkowitą kwotę wskazaną także w ofercie jako wynagrodzenie wykonawcy; rozliczenie w tym przypadku będzie dokonywało się bowiem w oparciu o faktyczne wykonane przez wykonawcę prace według poszczególnych cen jednostkowych ujętych w kosztorysie ofertowym. Przyjęcie zatem, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym – w ocenie Izby – ma znaczenie dla sposobu obliczenia ceny w poszczególnych kosztorysach częściowych i przyjęcia tam przez wykonawcę stawek podatku VAT. Odwołujący w odwołaniu, jak i na rozprawie, nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na to, że oferowane we wskazanym zakresie ceny ofertowe z przyjętymi tam stawkami VAT są prawidłowe w świetle ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 54, poz. 535 ze zm.) oraz wydanych jej podstawie aktów wykonawczych. W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, że zastosował we wskazanym zakresie nieprawidłowe stawki podatku VAT. Z tych też względów Izba uznała, że zasadnym było uznanie przez Zamawiającego, że w ofercie Odwołującego popełniono błąd w obliczeniu ceny poprzez podanie w sposób nieprawidłowy, niezgodny z obowiązującymi przepisami, stawek podatku VAT, który to błąd stanowi stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp o konieczności odrzucenia oferty. Stanowisko Odwołującego, iż nieprawidłowe zastosowanie w cenie ofertowej niewłaściwej – tj. nie mającej zastosowania w świetle obowiązujących przepisów prawa w stosunku do określonego zakresu przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT – nie ma żadnego znaczenia, w ocenie składu orzekającego Izby – jest nieuzasadnione.

Ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wprost określił, że popełnienie przez wykonawcę błędu w obliczeniu ceny, której istotnym elementem - w świetle 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 - jest także podatek VAT ustalony i obliczony jak wskazano powyżej, stanowi o konieczności odrzucenia oferty. Choć kwestia prawidłowego podania stawki podatku VAT właściwa jest wykonawcy (to wykonawca, podobnie jak inne elementy oferty określa także cenę ofertową z właściwym VAT-em) w sposób istotny wpływa na sytuację Zamawiającego, szczególnie - jak w niniejszej sprawie - kiedy podmiot Zamawiający może dochodzić zwrotu zapłaconego VAT-u. Kwestia ta także w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego została potraktowana w sposób szczególny – ustawodawca założył bowiem konieczność weryfikacji ofert złożonych w tym postępowaniu pod kątem weryfikacji prawidłowych stawek VAT zastosowanych przez wykonawców w cenach ofertowych w trakcie badania i oceny ofert przez samego Zamawiającego.

Powyższe także – w ocenie Izby – nie może stanowić podstawy do poprawienia wskazanej nieprawidłowości w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Błąd w obliczeniu ceny został przez ustawodawcę zakwalifikowany jako odrębna od art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podstawa do odrzucenia oferty bez możliwości jej poprawienia. Tymczasem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do możliwości poprawy oferty wykonawcy co do sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, czyli do przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a nie przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba natomiast nie znalazła podstaw do uwzględnienia jednej z przesłanek do odrzucenia w tym zakresie oferty Odwołującego, wskazanej przez Zamawiającego w informacji o wynikach postępowania, mianowicie błędnego wskazania jednostek ilościowych w dwóch pozycjach kosztorysu ofertowego na Instalacje elektryczne wewnętrzne (poz. 44 i 45). Powyższe w ocenie Izby nie może stanowić podstawy do samodzielnego odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny, czy też niezgodności oferty z treścią SIWZ. Powyższe winno podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której poprawienie w sposób istotny nie wpłynie na zmianę treści oferty.

Niewątpliwie w tym zakresie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ (Anie z błędem w obliczeniu ceny) – wykonawca bowiem nie uwzględnił wymaganych przez Zamawiającego na podstawie SIWZ ilości w dwóch wymaganych pozycjach jednostkowych przedmiaru, zaś kosztorys ofertowy – wobec, jak ustalono wyżej, kosztorysowego charakteru wynagrodzenia przyjętego w niniejszym postępowaniu - stanowi element treści oferty. Niewątpliwie jest także to, że Odwołujący dopuścił się w tym zakresie omyłki w treści oferty. Omyłkowo bowiem przyjął, pierwotnie określone przez Zamawiającego w SIWZ, ilości w tych dwóch pozycjach, nie uwzględniając zmian wprowadzonych w tym właśnie zakresie przez Zamawiającego w trybie modyfikacji SIWZ. Poprawienie tej niezgodności byłoby także możliwe w oparciu o samą treść kosztorysu ofertowego – pozycje 44 i 45 wskazanego kosztorysu zostały przez Odwołującego wycenione i istnieje możliwość samodzielnie przez Zamawiającego ich wyceny przy zwiększonej ilości poszczególnych jednostek ilościowych tych pozycji w oparciu o cenę jednostkową jednego kompletu i jednej wycenionej przez Odwołującego sztuki. Poprawienie tych niezgodności nie spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty bowiem dotyczyłoby tylko dwóch pozycji kosztorysu ofertowego przy kilkuset pozycjach całościowego kosztorysu.

Powyższe jednak nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania, wobec ustalenia przez Izbę, że oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu z powodu przyjęcia niewłaściwych stawek podatku VAT w kosztorysach ofertowych, a wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego w postępowaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Odwołującego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 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. Nr 41, poz. 238) - koszty wpisu uiszczonego w należnej – zgodnej § 1 ust. 2 pkt 1) wskazanego rozporządzenia - wysokości od złożonego odwołania, tj. 10 000 zł. Izba nie uwzględniła w tym zakresie wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie norm przypisanych, uznając, iż w postępowaniu odwoławczym - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika mogą być przez Izbę zasądzone wyłącznie na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku, czego Zamawiający nie uczynił.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....