

POSTANOWENIE
z dnia 22 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **21 lutego 2013 r.**
w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Wykonawców prowadzących działalność gospodarczą pod firmami: Zakład Usług Leśnych "DREWEX" S.C., 46-300 Olesno, ul. Akacyjowa nr 6 – H..... T....., U..... T..... (lider konsorcjum); Zakład Produkcyjno – Handlowo - Usługowy "TRANSDREW" S.C., 42-100 Kłobuck, ul. Długosza nr 120 – H..... K....., I..... P.....; Zakład Usług Leśnych i Remontowych, 46-300 Lubliniec, ul. Wyszyńskiego nr 129 – L..... T.....; Zakład Usług Leśnych "SOKÓŁ", 46-380 Dobrodzień, ul. Miodowa nr 2 – Z..... B.....; Zakład Usług Leśnych "TAXUS", 98-300 Pajęczno, Murowaniec nr 2 – A..... R..... (sygn. akt KIO 277/13),**
- B. w dniu 11 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Leśnych „Bór” E..... M....., J..... M....., Wojciechów, ul. Zdroje 1, 46-300 Olesno (lider konsorcjum); Zakład Usług Leśnych „DĄBROWA” M..... T..... i I..... T..... S.C., 46-300 Olesno, ul. Drzymały 4; W..... L..... Zakład Usług Leśnych „KNIEJA”, 46-325 Rudniki, ul. Bobrowa 76A; Firma Produkcyjno – Usługowo - Handlowa K..... K....., Radawie, ul. świrowa 1, 46-048 Zębówice; Zrywka - Drewna - Transport L..... K....., Łowiszów, ul. Słoneczna 13, 46-300 Olesno; Usługi Rolnicze, Transportowe i Leśne A..... P....., 46-300 Wachów, ul. Kuczki 25; A..... R..... – „Firma - Usługi Leśne”, Radawie, ul. Główna 20, 46-048 Zębówice; Z..... J..... Usług Leśne, 46-046 Ligota Turawska, ul. Dobrodzieńska 33; S..... A..... ZUL - Zakład**

1

Usług Leśnych „Knieja” – S..... A....., 42-290 Blachownia, ul. Wczasowa 22/13; Zrywka Drewna – S..... R....., Sowczyce, ul. Nowa 8, 46-300 Olesno; J..... S..... Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna, 46-331 Radłów, ul. Kolorowa 17; P..... M..... Usługi Leśne, Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów; T..... K..... Usługi Transportowe, 46-331 Radłów, ul. Oleska 91; K..... Z..... Usługi Leśne i Transportowe KROMTRANS, 46-282 Łaskowice Wielkie, ul. Osiedle 9/1; ADMIN B..... V....., 46-300 Olesno, ul. Słowackiego 8/11; R..... S..... „Rafael”, 46-300 Świercze, ul. Częstochowska 9/9; Usługi Przeciw-Pożarowe B..... K....., Sowczyce, ul. Nowa 3, 46-300 Olesno reprezentowanych przez adw. G..... M..... (adres do doręczeń: Kancelaria Prawna G..... M....., Adwokat ul. Dworkowa 3, 00-784 Warszawa) (sygn. akt: KIO 315/13),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno, ul. Gorzowska 74, 46-300 Olesno,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Leśnych „Bór” E..... M....., J..... M....., Wojciechów, ul. Zdroje 1, 46-300 Olesno (lider konsorcjum); Zakład Usług Leśnych „DĄBROWA” M..... T..... i I..... T..... S.C., 46-300 Olesno, ul. Drzymały 4; W..... L..... Zakład Usług Leśnych „KNIEJA”, 46-325 Rudniki, ul. Bobrowa 76A; Firma Produkcyjno – Usługowo - Handlowa K..... K....., Radawie, ul. świrowa 1, 46-048 Zębówice;**

Zrywka - Drewna - Transport L..... K....., Łowszów, ul. Słoneczna 13, 46-300 Olesno; Usługi Rolnicze, Transportowe i Leśne A..... P....., 46-300 Wachów, ul. Kuczki 25; A..... R..... – „Firma - Usługi Leśne”, Radawie, ul. Główna 20, 46-048 Zębówice; Z..... J..... Usług Leśne, 46-046 Ligota Turawska, ul. Dobrodzieńska 33; S..... A..... ZUL - Zakład Usług Leśnych „Knieja” – S..... A....., 42-290 Blachownia, ul. Wczasowa 22/13; Zrywka Drewna – S..... R....., Sowczyce, ul. Nowa 8, 46-300 Olesno; J..... S..... Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna, 46-331 Radłów, ul. Kolorowa 17; P..... M..... Usługi Leśne, Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów; T..... K..... Usługi Transportowe, 46-331 Radłów, ul. Oleska 91; K..... Z..... Usługi Leśne i Transportowe KROMTRANS, 46-282 Laskowice Wielkie, ul. Osiedle 9/1; ADMIN B..... V....., 46-300 Olesno, ul. Słowackiego 8/11; R..... S..... „Rafael”, 46-300 Świercze, ul. Częstochowska 9/9; Usługi Przeciw-Pożarowe B..... K....., Sowczyce, ul. Nowa 3, 46-300 Olesno reprezentowanych przez adw. G..... M..... (adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Adwokat

2

G..... M....., ul. Dworkowa 3, 00-784 Warszawa) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 277/13, po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. odrzuca odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Wykonawców prowadzących działalność gospodarczą pod firmami: Zakład Usług Leśnych "DREWEX" S.C., 46-300 Olesno, ul. Akcyjowa nr 6 – H..... T....., U..... T..... (lider konsorcjum); Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy "TRANSDREW" S.C., 42-100 Kłobuck, ul. Długosza nr 120 – H..... K....., I..... P.....; Zakład Usług Leśnych i Remontowych, 46-300 Lubliniec, ul. Wyszyńskiego nr 129 – L..... T.....; Zakład Usług Leśnych "SOKÓŁ", 46-380 Dobrodzień, ul. Miodowa nr 2 – Z..... B.....; Zakład Usług Leśnych "TAXUS", 98-300 Pajęczno, Murowaniec nr 2 – A..... R..... (sygn. akt KIO 277/13) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Leśnych „Bór” E..... M....., J..... M....., Wojciechów, ul. Zdroje 1, 46-300 Olesno (lider konsorcjum); Zakład Usług Leśnych „DĄBROWA” M..... T..... i I..... T..... S.C., 46-300 Olesno, ul. Drzymały 4; W..... L..... Zakład Usług Leśnych „KNIEJA”, 46-325 Rudniki, ul. Bobrowa 76A; Firma Produkcyjno – Usługowo - Handlowa K..... K....., Radawie, ul. Świrowa 1, 46-048 Zębówice; Zrywka - Drewna - Transport L..... K....., Łowszów, ul. Słoneczna 13, 46-300 Olesno; Usługi Rolnicze, Transportowe i Leśne A..... P....., 46-300 Wachów, ul. Kuczki 25; A..... R..... – „Firma - Usługi Leśne”, Radawie, ul. Główna 20, 46-048 Zębówice; Z..... J..... Usług Leśne, 46-046 Ligota Turawska, ul. Dobrodzieńska 33; Strzoda Adam ZUL - Zakład Usług Leśnych „Knieja” - S..... A....., 42-290 Blachownia, ul. Wczasowa 22/13; Zrywka Drewna - S..... R....., Sowczyce, ul. Nowa 8, 46-300 Olesno; J..... S..... Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna, 46-331 Radłów, ul. Kolorowa 17; P..... M..... Usługi Leśne, Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów; T..... K..... Usługi Transportowe, 46-331 Radłów, ul. Oleska 91; Kromka Zbigniew Usługi Leśne i Transportowe KROMTRANS, 46-282 Laskowice Wielkie, ul. Osiedle 9/1; ADMIN B..... V....., 46-300 Olesno, ul. Słowackiego 8/11; R..... S..... „Rafael”, 46-300 Świercze, ul. Częstochowska 9/9; Usługi Przeciw-Pożarowe B.....****

3

K....., Sowczyce, ul. Nowa 3, 46-300 Olesno reprezentowanych przez adw. G..... M..... (adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Adwokat G..... M....., ul. Dworkowa 3, 00-784 Warszawa) (sygn. akt: KIO 315/13) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Wykonawców prowadzących działalność gospodarczą pod firmami: Zakład Usług Leśnych "DREWEX" S.C., 46-300 Olesno, ul. Akacjowa nr 6 – H..... T....., U..... T..... (lider konsorcjum); Zakład Produkcyjno - Handlowo – Usługowy „TRANSDREW” S.C., 42-100 Kłobuck, ul. Długosza nr 120 – H..... K....., I..... P.....; Zakład Usług Leśnych i Remontowych, 46-300 Lubliniec, ul. Wyszyńskiego nr 129 – L..... T.....; Zakład Usług Leśnych „SOKÓŁ”, 46-380 Dobrodzień, ul. Miodowa nr 2 – Z..... B.....; Zakład Usług Leśnych "TAXUS", 98-300 Pajęczno, Murowaniec nr 2 – A..... R..... (sygn. akt KIO 277/13) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych „Bór” E..... M....., J..... M....., Wojciechów, ul. Źdroje 1, 46-300 Olesno (lider konsorcjum); Zakład Usług Leśnych M..... T..... i I..... S.C., „DĄBROWA” T..... 46-300 Olesno, ul. Drzymały 4; W..... L..... Zakład Usług Leśnych „KNIEJA”, 46-325 Rudniki, ul. Bobrowa 76A; Firma Produkcyjno – Usługowo - Handlowa K..... K....., Radawie, ul. świrowa 1, 46-048 Zębówice; Zrywka - Drewna - Transport L..... K....., Łowszów, ul. Słoneczna 13, 46-300 Olesno; Usługi Rolnicze, Transportowe i Leśne A..... P....., 46-300 Wachów, ul. Kuczki 25; A..... R..... – „Firma - Usługi Leśne”, Radawie, ul. Główna 20, 46-048 Zębówice; Z..... J..... Usług Leśne, 46-046 Ligota Turawska, ul. Dobrodzieńska 33; S..... A..... ZUL - Zakład Usług Leśnych „Knieja” - S..... A....., 42-290 Blachownia, ul. Wczasowa 22/13; Zrywka Drewna – S..... R....., Sowczyce, ul. Nowa 8, 46-300 Olesno; J..... S..... Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna, 46-331 Radłów, ul. Kolorowa 17; P..... M..... Usługi Leśne, Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów; T..... K..... Usługi Transportowe, 46-331 Radłów, ul. Oleska 91; K..... Z..... Usługi Leśne i Transportowe KROMTRANS, 46-282 Laskowice Wielkie, ul. Osiedle 9/1; ADMIN B..... V....., Olesno, ul. R..... S..... „Rafael”, 46-300 Słowackiego 8/11; 46-300 Świercze, ul. Częstochowska 9/9; Usługi Przeciw-Pożarowe B..... K....., Sowczyce, ul. Nowa 3, 46-300 Olesno reprezentowanych przez adw.**

4

G..... M..... (adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Adwokat G..... M....., ul. Dworkowa 3, 00-784 Warszawa) (sygn. akt: KIO 315/13) tytułem wpisów od odwołań.

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

Przewodniczący

5

**Sygn. akt: KIO 277/13
KIO 315/13**

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi leśne z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Olesno w 2013 r.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 listopada 2012 r., numer 2012/S 228-375829..

W dniu 8 lutego 2013 r. (pismem z dnia 6 lutego 2013 r.) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Wykonawców prowadzących działalność gospodarczą pod firmami: Zakład Usług Leśnych "DREWEX" S.C. – H..... T....., U..... T..... (lider konsorcjum); Zakład Produkcyjno – Handlowo - Usługowy "TRANSDREW" S.C. – H..... K....., L..... P.....; Zakład Usług Leśnych i Remontowych – L..... T..... Zakład Usług Leśnych "SOKÓŁ" – Z..... B.....; Zakład Usług Leśnych "TAXUS" – A..... R..... zwanych dalej „odwołującym DREWEX”, wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu

6 lutego 2013 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego DREWEX na zadanie nr 1,
2. unieważnienia postępowania,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art.89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie do oferty z wynagrodzeniem ryczałtowym, w której kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia,
- art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia omyłek polegających niezgodności oferty odwołującego DREWEX z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
- art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania mimo, że w oferta odwołującego DREWEX nie powinna być odrzucona i tym samym nie występuje podnoszona przez zamawiającego przesłanka unieważnienia postępowania,
- art. 93 ust.3 ustawy Pzp przez brak uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania.

6

Jednocześnie odwołujący DREWEX wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego DREWEX na zadanie nr 1 zamówienia,
2. unieważnienie czynności zamawiającego unieważnienia postępowania na „Usługi leśne z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Olesno w 2013 r.
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert na zadanie nr 1 zamówienia i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego DREWEX,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego DREWEX kwoty 18 600 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i koszty zastępstwa procesowego.

W dniu 11 lutego 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych „Bór” E..... M....., J..... M..... (lider konsorcjum); Zakład Usług Leśnych „DĄBROWA” M..... T..... i L..... T..... S.C.; W..... L..... Zakład Usług Leśnych „KNIEJA”; Firma Produkcyjno – Usługowo - Handlowa K..... K.....; Zrywka - Drewna - Transport L..... K.....; Usługi Rolnicze, Transportowe i Leśne A..... P.....; A..... R..... – „Firma - Usługi Leśne”; Z..... J..... Usług Leśne; S..... A..... ZUL - Zakład Usług Leśnych „Knieja” – S..... A.....; Zrywka Drewna – S..... R.....; J..... S..... Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna; P..... M..... Usługi Leśne; T..... K..... Usługi Transportowe; K..... Z..... Usługi Leśne i Transportowe KROMTRANS; ADMIN B..... V.....; R..... S..... „Rafael”; Usługi Przeciw-Pożarowe B..... K....., zwanych dalej „odwołującym „Bór”, wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 11 lutego 2013 r.) wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego „Bór” i unieważnienia postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przez jego zastosowanie pomimo, że oferta zawierała wynagrodzenie ryczałtowe, w której kosztorysy mają charakter informacyjny i ewentualne niezgodności lub nieprawidłowości w nich nie powinny skutkować odrzuceniem,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego „Bór” przy jednoczesnym zaniechaniu poprawienia omyłki w jego ofercie polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy

- przedmiotowa omyłka nie powodowała istotnych zmian w treści oferty,
- w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów – podnoszę zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego „Bór”, pomimo, że zastosował prawidłową stawkę podatku VAT, a stwierdzenie przez zamawiającego o

7

8% stawki podatku VAT – było wynikiem wprowadzenia w błąd składu KIO w dniu 17.01.2013r.,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum DREWEX (odwołującego DREWEX) w sytuacji, gdy ten wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
 - art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DREWEX, pomimo, że jej złożenie – stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
 - art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego „Bór”,
 - art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu tj. ofertę odwołującego „Bór”.
 - innych przepisów wynikających pośrednio lub bezpośrednio z uzasadnienia.
- Jednocześnie odwołujący „Bór” wniósł o:
1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty odwołującego „Bór” jako bezwzględnie wadliwych,
 2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego „Bór”.

Ponowna czynność badania i oceny ofert, stanowiąca podstawę wniesionych odwołań dokonana została w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2932/12). Powyższe orzeczenie było wywołane m.in. na skutek odwołania wniesionego przez odwołującego DREWEX (sygn. akt KIO 2932/12), w którym kwestionował on niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego, tj.:

1. bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego DREWEX na zadanie nr 1 zamówienia,
2. zaniechanie wyboru oferty odwołującego DREWEX jako oferty najkorzystniejszej i wybór oferty droższej niż oferta odwołującego DREWEX,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego DREWEX pomimo, że nie zachodzi zarzucany przez zamawiającego błąd w obliczeniu ceny,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami ustalonymi w SIWZ,
- art. 7 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

8

Jednocześnie odwołujący DREWEX wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego DREWEX na zadanie nr 1 zamówienia,
2. unieważnienie czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 1,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert na zadanie nr 1 z udziałem oferty odwołującego DREWEX i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego DREWEX kwoty 18 600 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i koszty zastępstwa procesowego

Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym orzeczeniu uwzględniła odwołanie wniesione przez obecnego odwołującego DREWEX i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności

odrzućenia oferty odwołującego DREWEX i nakazała zamawiającemu dokonanie ponownej oceny złożonych ofert.

W wyroku tym Izba stwierdziła, że podana przez odwołującego DREWEX w ofercie na stronie 15 pod poz. Planu 201311051 – konserwacja ogrodzeń, stawka podatku VAT w wysokości 8% została określona prawidłowo, a w konsekwencji określona w ofercie cena nie zawierała błędu w jej obliczeniu (str. 9 uzasadnienia wyroku).

W wyniku wykonania wskazanego orzeczenia Izby oraz ponownego badania i oceny złożonych ofert zamawiający odrzucił: ofertę nr 2 złożoną przez odwołującego „Bór” na podstawie ustawy Pzp - art. 89 ust. 1 pkt 6, wskazując iż „zamawiający uwzględnił wyrok KIO, oferent błędnie zastosował stawkę podatku VAT w poz. 201311051, 201311050, 201311052” oraz ofertę nr 3 złożoną przez odwołującego DREWEX na podstawie ustawy Pzp - art. 89 ust. 1 pkt 6, wskazując iż „zamawiający uwzględnił wyrok KIO, oferent błędnie zastosował stawkę podatku VAT w poz., 201311050, 201311052”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w powołanym wyroku (sygn. akt KIO 2932/12) Izba jednoznacznie stwierdziła, iż prawidłowo określona stawka podatku VAT dla poz. planu 201311051 – „konserwacja ogrodzeń” winna wynosić 8%. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego oraz przystępującego po stronie zamawiającego (obecnego odwołującego „Bór”), opartego o treść pisma Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 16 lutego 2010 r., iż usługa konserwacji ogrodzeń mieści się w grupie PKWiU 45.34.10 – 00.00 „Roboty związane ze stawianiem płotów i ogrodzeń” (według klasyfikacji z 1997 r.) i „Roboty związane z zakładaniem ogrodzeń, balustrad i poręczy” (według klasyfikacji z 2004 r.), a co za tym idzie, iż objęta ona jest stawką podatku VAT w wysokości 23%. Tymczasem wniesione odwołania

9

(zarówno odwołanie o sygn. akt KIO 277/13, jak i KIO 315/13) dotyczą kwestii związanych ze stawką podatku VAT w kwestionowanej pozycji, tj. 201311051 – „konserwacja ogrodzeń”, jak i dwóch pozycji o identycznym opisie, tj. 201311050 i 201311052 – „konserwacja ogrodzeń”, które są tożsame z pozycją będącą przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w powołanej wyżej sprawie.

Konsekwencją przyjętych przez Izbę ustaleń i ocen było stwierdzenie przez zamawiającego, że oferty obu odwołujących podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Czynność ta, aczkolwiek nie nakazana *expressis verbis* w sentencji orzeczenia z dnia 17 stycznia 2013 r. stanowi jednak wykonanie wyroku Izby, która ustaliła prawidłową stawkę podatku VAT dla kwestionowanej pozycji.

Odwołujący DREWEX, kwestionując rzekomo nową czynność, w istocie kwestionuje ponowną czynność oceny i badania ofert, dokonaną przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby, w tym wykonaną zgodnie z jego wcześniejszym żądaniem. Podobnie ma się sytuacja w odniesieniu do odwołania wniesionego przez odwołującego „Bór” (przystępującego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2932/12), który w istocie kwestionuje prawidłowość ustalonej już przez Izbę stawki podatku VAT dla poz. 201311051 – „konserwacja ogrodzeń” (zarzut 1 i 2 odwołania), skutkiem czego – zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23% dla kwestionowanej wcześniej pozycji – jego oferta została odrzucona Zarzut 4 i 5, wbrew twierdzeniom odwołującego „Bór”, mimo, iż powołuje w zarzucie normy z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to faktycznie opiera się także na okolicznościach dotyczących prawidłowości ustalenia stawki podatku VAT dla poz. 201311051 – „konserwacja ogrodzeń”. Natomiast zarzut 6 jest konsekwencją podniesionych wcześniej. Odnosząc się do zarzutu nr 3 (naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), dotyczącego unieważniania postępowania stwierdzić należy, iż czynność ta jest konsekwencją odrzucenia wszystkich ofert w tym postępowaniu i w tych okolicznościach czynność ta nie może być samodzielnie kwestionowana.

Wykonawcy – w świetle ustawy Pzp – nie mają możliwości kwestionowania czynności zamawiającego, wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, a z taką sytuacją w tym stanie faktycznym niewątpliwie mamy do czynienia. Dana czynność nie może być bowiem dwukrotnie zaskarżana przez wykonawcę. Zamawiający czynności badania i oceny ofert dokonał zgodnie z treścią wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2932/12. „Zgodność tę należy rozpatrywać w świetle całego orzeczenia KIO, a więc tak sentencji, jak również uzasadnienia tego orzeczenia. (...) Stanowisko, iż podobnie, jak apelację w postępowaniu cywilnym, tak skargę do sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnosi się tylko od

rozstrzygnięcia, a nie od uzasadnienia, zważywszy na poczynione powyżej wyjaśnienia, nie jest słuszne (por. wyrok SO w Łodzi z dnia 20 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 5/07)

10

(postanowienie KIO z dnia 23 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 959/08).

Tym samym stwierdzić należy, iż czynność wykonana w rezultacie ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania będąca następstwem odwołania wniesionego przez danego wykonawcę nie może być następnie przez niego kwestionowana. Ten sam zakaz dotyczy wykonawcy wezwanego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia odwołania. W takim przypadku odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego wcześniej odwołanie lub wezwanego zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania, jeżeli dotyczy czynności wykonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, a niewątpliwie z taką sytuacją w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia. Występuje tu więc rozszerzona prawomocność wyroku Izby, gdyż wyrok z mocy przepisów prawa obejmuje swymi skutkami nie tylko strony procesowe w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz również inne jeszcze osoby. Tak więc wyrok Izby obowiązuje nie tylko wykonawcę, który wniósł odwołanie ostatecznie rozstrzygnięte przez Izbę, ale również wykonawców, którzy zostali wezwani do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia wcześniejszego odwołania i przyłączyli się do poprzedniego postępowania (po stronie zamawiającego lub odwołującego), jak i wykonawców którzy nie skorzystali z tego uprawnienia. Konsekwencją powyższego unormowania jest obowiązek odrzucenia na posiedzeniu niejawnym odwołania, które dotyczy czynności zamawiającego, dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, a taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym ma miejsce.

Tym samym Izba uznała, iż odwołania podlegają odrzuceniu na podstawie 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

11

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stanowiącego, że strony postępowania ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku oraz treść § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

12