Sygn. akt: KIO 2108/10

WYROK
z dnia 12 października 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 28 września 2010 r. wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "KAJA" Katarzyna Janeczek, 82-316 Milejewo, ul. Elbląska 75** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, 10-602 Olsztyn, ul. Pstrowskiego 28b**

przy udziale wykonawcy **Roboty Drogowo-Melioracyjne "R.D.M" Stanisław Lebioda, Leszek Lebioda s.c., 82-430 Tolkmicko, Janówek 21/1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "KAJA" Katarzyna Janeczek, 82-316 Milejewo, ul. Elbląska 75**
i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "KAJA" Katarzyna Janeczek, 82-316 Milejewo, ul. Elbląska 75,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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 **Olsztynie.**

Przewodniczący:
……

KIO 2108/10 **UZASADNIENIE**

Zarząd Dróg Wojewódzkich Olsztynie Rejon Dróg w Elblągu zwany dalej„zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia p.n.: Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich przebiegających przez teren województwa w 2012/2013 warmińsko-mazurskiego sezonach 2010/2011, 2011/2012, administrowanych przez Rejon Dróg Wojewódzkich Elblągu, z podziałem na 7 części – część nr 1.
Pismem z dnia 15 sierpnia 2010 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty Roboty Drogowo-Melioracyjne „R.D.M." Stanisław Lebioda, Leszek Lebioda Spółka cywilna, Janówek 21/1, 82-340 Tolkmicko.

W związku z dokonanym rozstrzygnięciem i wyborem oferty najkorzystniejszej/w wykonawcy w dniu 28 września 2010 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosło Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „KAJA" Katarzyna Janeczek, ul. Elbląska 75, 82-316 Milejewo zwane dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie postanowień pkt. VII ppkt. 2, VIII, IX i XI SIWZ oraz art. 89ust.l pkt.6 a w konsekwencji także naruszenie art. 7 cyt. wyżej ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia i dokonanie wyboru oferty złożonej przez Roboty Drogowo-Melioracyjne „R.D.M" Stanisław Lebioda, Leszek Lebioda

s.c. w Janówku jako najkorzystniejszej za cenę oferowaną 1.577.681,74 PLN, nie dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Budowlanych „KAJA" Katarzyna Janeczek w Milejewie, jako oferty najkorzystniejszej za cenę oferowaną 1.797.065,47 PLN i tym samym przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający równego i bezstronnego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty odwołujący wniósł o :

- powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert w postępowaniu j.w.
- odrzucenie oferty złożonej przez Roboty Drogowo-Melioracyjne „R.D.M" Stanisław Lebioda, Leszek Lebioda s.c. w Janówku jako nie spełniającej warunków wskazanych

w pkt. VII ppkt. 2, VIII, IX i XI SIWZ oraz na podstawie art. 89ust.l pkt.6 cyt. wyżej ustawy Prawo zamówień publicznych,

- dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Budowlanych „KAJA" Katarzyna Janeczek w Milejewie, jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione w odwołaniu narzuty odwołujący stwierdził, że Oferta złożona przez Roboty Drogowo-Melioracyjne „R.D.M." Stanisław Lebioda, Leszek Lebioda s.c. zawiera błędy w obliczeniu ceny. W formularzu oferty figuruje błędna cena netto : „1436113,90 PLN", brak jest wyliczenia kwoty podatku VAT, a figuruje jedynie zapis „7%" oraz figuruje błędna cena brutto „153664180 PLN". Wszystkie podane w ofercie kwoty i wskaźniki cenowe są błędne, w szczególności błędna jest stawka podatku VAT (7%) zastosowana dla całej ceny wskazanej w ofercie, co wynika z porównania warunków wymaganych w SIWZ do obliczenia ceny z ceną zamieszczoną w ofercie i sposobem jej obliczenia w formularzu cenowym. Ponadto doliczenie do wskazanej w ofercie błędnej kwoty „1436113,90" siedmiu % nie daje kwoty „153664180", a daje sumę zgoła inną, tj. 1536641 złotych 87groszy, a nie sto pięćdziesiąt trzy miliony sześćset sześćdziesiąt cztery tysiące sto osiemdziesiąt złotych. Brak jest także wartości końcowej podatku od towarów i usług, a kwota podatku nie jest w ogóle wyliczona (zapis „7%" jest zarówno wadliwy co do stawki, albowiem do obliczenia ceny mają zastosowanie dwie stawki podatku tj. 7% i 22%, a nie tylko jedna 7% stawka podatku przyjęta w formularzu oferty, jak i jest wadliwy, gdyż SIWZ wymaga obliczenia wartości końcowej podatku (kwoty), a nie podania jedynie stawki podatku do tego jeszcze błędnej). Skala popełnionych błędów i wykazanych nieprawidłowości w sposobie obliczenia ceny przez tego wykonawcę i jej ostatecznego wskazania w ofercie wyklucza możliwość zastosowania przez Zamawiającego procedury określonej w art. 87ust.2 pkt.2 cyt. wyżej ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż popełnionych błędów nie można uznać za jedynie „oczywiste omyłki rachunkowe". Nie chodzi tutaj bowiem o prostą korektę błędnie wykonanych działań matematycznych, ale o oświadczenie woli wykonawcy w przedmiocie wskazanej w ofercie ceny, którego zamawiający zmienić nie może. W trakcie rozprawy odwołujący ponadto podniósł, że wyliczona w pierwotnej ofercie kwota nie odpowiada 7% stawce podatku VAT ponieważ z wyliczeń rachunkowych wynika inna kwota. Wobec powyższego, iż wykonawca nie dokonał wyliczenia kwoty podatku VAT, a wpisał tylko stawkę 7%, to zamawiający dokonując obliczeń w tym punkcie oferty złożył w imieniu wykonawcy oświadczenie woli. Wskazuje, iż wyliczenia w ofercie wybranego oferenta są tak

niestaranne, że trudno jest ustalić za jaką cenę zamierza wykonać przedmiotowe zamówienie. Wskazał, że wyliczona przez Zamawiającego kwota podatku VAT zawarta w ofercie (pkt 1 wiersz 2) nie jest pochodna 7% stawki podatku VAT, lecz jest pochodną zarówno stawki 7%, jak i 22

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego błędnej referencji złożonej przez wybranego wykonawcę, odwołujący wskazuje na uchybienia zamawiającego polegające na uznaniu referencji złożonych przez Roboty Drogowo-Melioracyjne „R.D.M." Stanisław Lebioda, Leszek Lebioda s.c. pomimo ich wystawienia przez jednostkę nieuprawnioną, o czym zamawiający

był informowany pisemnie przez odwołującego w dniu 09.09.2010r. i zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do złożenia referencji pochodzących od właściwej jednostki, pomimo świadomości, iż przedłożone referencje są wadliwe. Zgodnie z uzyskanym w tym zakresie stanowiskiem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z dnia 7.09.2010r. Obwód Drogowy w Kieżmarku nie jest upoważniony do wystawiania referencji, a osoba która je firmowała nie była uprawniona do ich podpisywania.

W odpowiedzi na odwołanie , zamawiający wskazał że w formularzu cenowym przedstawionym w formie tabeli wskazał jak prawidłowo należy go wypełnić, podał kolejno w wersach ilości materiałów (Mg) oraz ilości godzin pracy sprzętu (M-g) wymaganych do realizacji zamówienia. Narzucił również stawki podatku VAT, jakie należy zastosować w poszczególnych pozycjach przedmiotowego formularza - dla usługi 7%, dla dzierżawy sprzętu należącego do zamawiającego 22%. Do wykonawcy należało podać cenę jednostkową przemnożyć przez ilość materiałów oraz ilość godzin pracy sprzętu i podać cenę netto w ostatniej kolumnie (6) powyższej tabeli. Podane ceny jednostkowe zamawiający uznał za bezsporne, nie było potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie, zamawiający posiadał wszystkie dane do dokonania poprawy formularza cenowego do oferty, ponieważ znalazł ich potwierdzenie w załączniku do „Formularza cenowego do oferty". Wykonawca podał tam ceny dla poszczególnych elementów liczbami oraz słownie np. m.in. „1 tona rozsypanej soli - 230 zł. (słownie: dwieście trzydzieści zł.)". Nie może więc być tu mowy o błędnej interpretacji przez zamawiającego cen jednostkowych, czy też o błędnie wyliczonych kwotach w kolumnie 6 „Wartość" w poszczególnych pozycjach formularza cenowego do oferty. Tym samym zamawiający nie pozostawił jakiejkolwiek swobody oferentom co do sposobu dokonywania wyliczeń ceny oferty. Na wielkość kwoty

oferty wykonawcy mogli wpływać tylko poprzez możliwość ustalenia wartości cen jednostkowych, wymienionych formularzu cenowym do oferty.

Nie budzi wątpliwości fakt, że wynik działania arytmetycznego (sumowania) „143611390" podany przez Wykonawcę w pozycji „Wartość usług razem netto" w kolumnie nr 6 był nieprawidłowy. Zamawiający na podstawie wyliczonych wartości w poszczególnych pozycjach dokonał poprawki wpisując obok właściwą kwotę, tj. „1.474.982,00 PLN", o czym niezwłocznie poinformował wykonawcę (stosownie do art. 87 ust. 2 Pzp). W konsekwencji zmianie uległa również kwota brutto usługi, tj. „1.578.230,74 PLN" oraz kwota (a nie stawka) podatku VAT tj. „103.248,74 PLN".

Poprawki dokonane przez zamawiającego w „Formularzu cenowym do oferty" zostały konsekwentnie przeniesione na druk oferty, co doprowadziło do zmiany ceny oferty - na prawidłowe wartości ceny netto, brutto i również wartość podatku VAT. Jeżeli zatem nieprawidłowe wyliczenie kwoty podatku VAT w ofercie jest wynikiem omyłki rachunkowej brak jest aktualnie podstaw do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

W zakresie zarzutu dotyczącego uznania nieprawidłowo wystawionej – zdaniem odwołującego, referencji dla Przedsiębiorstwa Transportowo - Usługowo - Handlowego „TUR" Piotr Szczęsny, 80-126 Gdańsk, ul. Kartuska 306, który według załączonej do oferty umowy, jest członkiem konsorcjum mającym wykonywać przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał że wybrany wykonawca spełnił wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia gdyż załączył wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (dodatek nr 6 do Instrukcji dla wykonawców) wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługi te zostały wykonane należycie. Tym dokumentem jest referencja dla firmy „TUR" wystawiona przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, Rejon w Gdańsku, Obwód Drogowy w Kieżmarku i podpisane przez Kierownika Służby Liniowej. Dokument ten został uznany przez zamawiającego za prawidłowy, ponieważ zawiera wszelkie niezbędne informacje dot. spełnienia warunków podmiotowych, tj. okres wykonania usługi oraz jej wartość wraz z potwierdzeniem, że zostały wykonane należycie. Przepisy prawa nie ograniczają kręgu podmiotów uprawnionych do potwierdzenia, iż określone prace zostały wykonane w sposób należyty. Wskazał, że takie oświadczenie wiedzy może wydać

każda osoba, która posiada stosowne informacje, a dokument taki, jako dokument prywatny, podlega każdorazowej ocenie. Referencje jako potwierdzenie spełnienia

warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, to oświadczenie wiedzy, a nie oświadczenie woli. Referencje może potwierdzić każdy, kto ma wiedzę na ten temat. Przystępujący w przystąpieniu do toczącego się postępowania wniósł o oddalenie odwołania. Na rozprawie nie był reprezentowany.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stron i stanowiska postępowania przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła 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.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stan faktyczny sprawy podany przez uczestników postępowania jest klarowny i nie wymagał w zakresie objętym zarzutami, dalszych ustaleń faktycznych.

Izba stwierdza, ze odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
W zakresie dokonania przez zamawiającego poprawek rachunkowych Izba nie znajduje podstaw do stwierdzenia ,ze stwierdzone nieścisłości rachunkowe nie są wynikiem błędu wykonawcy. Zamawiający tak skonstruował tabelę formularza, że wykonawca mógł tylko swobodnie ustalać cenę usług za daną jednostkę miary, wskazaną w sposób enumeratywny w formularzu. Ponadto zamawiający wskazał dokładnie jak należy dokonać obliczenia wartości zamówienia. Za oddaleniem odwołania w tym zakresie przesądził fakt, ze zamawiający w żadnym miejscu nie dokonał poprawy składników cenotwórczych tj, cen jednostkowych mających przy tym formularzu cenowym wyłączny wpływ na wartość oferty złożonej przez wybranego wykonawcę. Zamawiający również ściśle określił stawki podatku VAT , jakie należy zastosować do konkretnych pozycji kosztorysu. Izba stwierdza, że nie ma obowiązku wskazywania stawki podatku VAT w SIWZ, stąd też stawka powinna być pozostawiona do ustalenia przez uczestników postępowania jako wynikająca z przepisów prawa podatkowego, gdyż za zastosowanie właściwej stawki VAT odpowiedzialność ponosi wystawca faktury ,a nie zamawiający.

Izba stwierdza, że wyliczenia arytmetyczne wykonawcy zostały dokonane w sposób niestaranny, co może sugerować iż nie są to oczywiste błędy rachunkowe lecz błędy w obliczeniu ceny. Jednakże żadnych przekonywujących dowodów w tym zakresie odwołujący nie wykazał. Brak wpisania kwoty w pkt.1 linijka 2 oferty w miejsce wpisanej stawki 7% VAT i brak dopisania iż w tej pozycji iż winien być zawarty również VAT22% obliczony od stawki za dzierżawę sprzętu – którego wielkość wynosi 99,00 zł nie jest błędem w obliczeniu ceny i omyłka rachunkową, lecz inną omyłką o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt.3 ustawy Pzp. Dla fachowca ta omyłka jest oczywista i prosta do wykrycia, gdyż wypełnienie tej pozycji odpowiednią kwota podatku VAT polegało tylko na przeniesieniu wyliczonych kwot, z formularza cenowego . Natomiast odwołujący w żaden sposób nie wykazał iż nie jest to błąd lecz celowe działanie wykonawcy, mający jakiekolwiek znaczenia dla wartości oferty. Tym samym Izba uznaje za prawidłowe, dokonane przez zamawiającego poprawy błędu zsumowania cen jednostkowych oferty wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a więc działań mieszczących się zakresie instytucji poprawy oczywistych omyłek rachunkowych uregulowanych zakresie art. 87 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp. Przesłanką podstawową do zastosowania przepisu art. 87 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp jest wystąpienie omyłki, a więc sytuacji gdy wykonawca postąpił inaczej niż zamierzał postąpić oraz oczywistość tej omyłki. W tym przypadku

te przesłanki zostały spełnione, co wynika z porównania cen jednostkowych oferty i ich zsumowania w formularzu oferty.

W zakresie zarzutu drugiego Izba uznaje zarzut ten również za niezasadny. Jest to dokument wystawiony przez określoną instytucje w zakresie swojej działalności. Taki dokument korzysta z domniemania prawdziwości zapisanych w nim stwierdzeń, do czasu dopóki te twierdzenia nie zostaną obalone przy pomocy innego dowodu lub dokumentu. Uprawnienie do podpisywania tego rodzaju dokumentów wynika z wewnętrznych uregulowań jednostki . Podpisanie go przez osobę nieupoważnioną nie powoduje z mocy prawa jego nieważności. Za unieważnieniem tego dokumentu jak również treści w nim zawartych, nie opowiedziała się również instytucja w imieniu której został wystawiony - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku. Tym samym zarzut odwołującego w tym zakresie jest chybiony. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, ze informacje zawarte w dokumencie tzw. „referencji" nie odpowiadają prawdzie. Przy rozstrzyganiu tego zarzutu Izba podjęła wątpliwości – nie będące przedmiotem orzekania- gdyż nie zostały

podniesione w formie zarzutu w odwołaniu, co do ustalenia podmiotu który wybrał zamawiający do wykonania zamówienia jak i składającego ofertę. Ma to związek z możliwością uznania złożonej referencji za spełnienie warunku wykazania się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia do wykonania przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów powołanych w odwołaniu przez odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, **które miało wpływ** lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 p.pkt. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący ……..