

Sygn. akt KIO 795/12

**WYROK**  
**z dnia 30 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Emil Kawa**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę ZRB KOREM Kazimierz Koc Spółkę Jawną w Jeżowie (Jeżowe) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nisko

przy udziale wykonawcy Firma Budowlana REM-BUD-I Bronisław Drąg Spółka Jawna w Stalowej Woli zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża ZRB KOREM Kazimierz Koc Spółkę Jawną w Jeżowie (Jeżowe) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Tarnobrzegu.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Nisko - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rewitalizacja przestrzeni publicznej w Nisku.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 15 marca 2012 r., pod numerem 60079-2012. Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

11 kwietnia 2012 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firma Budowlana REM-BUD-I Bronisław Drąg Spółka Jawna w Stalowej Woli.

Wykonawca ZRB KOREM Kazimierz Koc Spółka Jawna wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 kwietnia 2012r. z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 7 ust. 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- art. 89 ust. 1 pkt. 5 i 6 Pzp przez błędne uznanie, iż oferta odwołującego jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz przez niezasadne wykluczenie wykonawcy;
- art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust.4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia, ewentualnie wyjaśnienia treści dokumentu;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją”.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego. Nadto żądał

zasądzenia kosztów postępowania od zamawiającego według norm prawem przypisanych.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że:

- I. złożona przez niego oferta nie jest obciążona błędem w obliczeniu ceny, gdyż zastosowana jednolita stawka podatku od towarów i usług w wysokości 23% jest prawidłowa. Wskazując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów Administracyjnych, Sądu Najwyższego oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wywoził, że wskazanie właściwej stawki podatku VAT jest wyłącznym obowiązkiem wykonawcy, a zamawiający nie jest uprawniony do jej weryfikacji, a w przypadku, gdy całość oferty dotyczy jednego kompleksowego świadczenia winna być stosowana jedna stawka VAT – właściwa dla świadczenia głównego. Zarzucił, iż z postanowień specyfikacji wynikała konieczność posłużenia się jedną stawką VAT. Odwołujący podniósł, że zasady zawarte w art. 7 Pzp nie doznają obrazy, gdyż odwołujący stosując stawkę podstawową złożył ofertę z najniższą ceną;
- II. niedołączenie zestawów materiałów ma charakter wyłącznie formalny, a nie merytoryczny, gdyż zamawiający ma możliwość pozyskania wszelkich niezbędnych informacji z dołączonych do oferty kosztorysów ofertowych;
- III. brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, bez skorzystania z obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Bez skorzystania z tych przepisów nie można przyjąć, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po skierowaniu odwołania na rozprawę Izba jest zobowiązana zważyć w pierwszym rzędzie, czy odwołujący spełnia przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp umożliwiające rozpoznanie odwołania co do istoty. Przywołany przepis stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ocena ta dokonywana jest nie *in abstracto*, ale w konkretnych okolicznościach sporu wskazanych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie winno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne

uzasadniające wniesienie odwołania.

Na podstawie informacji o wynikach postępowania oraz złożonej przez zamawiającego na rozprawie odpowiedzi na odwołanie, Izba ustaliła, że zamawiający dokonał zarówno odrzucenia oferty odwołującego, jak i wykluczenia odwołującego z postępowania. W informacji o wynikach postępowania z 11 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Jako podstawę odrzucenia oferty zamawiający wskazał, iż oferta została odrzucona ponieważ wykonawca został wykluczony - oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz nie dołączone zostało zestawienie materiałów. Natomiast jako podstawę wykluczenia wskazał, że „nie spełniono warunku dokumentu Wykaz osób”. Złożony wykaz osób nie zawiera informacji na temat doświadczenia wymienionych osób w ułożeniu ilości m<sup>2</sup> kostki granitowej. Zamawiający oświadczył, że nie wezwał do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3, ponieważ mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu.

Analiza odwołania doprowadziła Izbę do przekonania, że odwołujący zakwestionował jedynie czynność odrzucenia jego oferty, a pominął czynność wykluczenia go z postępowania. Odwołanie nie wskazuje czynności wykluczenia odwołującego z postępowania w podanych przez zamawiającego w informacji o wynikach postępowania okolicznościach faktycznych i prawnych.

Odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie go z postępowania. Nie odniósł się również do okoliczności związanych z wykluczeniem – nie wskazał, czy ocena wykazu osób uznaje za prawidłową, czy też nie. Uzasadnienie odwołania w pkt III zawiera wprawdzie wskazanie na konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp przed czynnością wykluczenia, jednak nie wiadomo w żaden sposób jakiego dokumentu czynność uzupełnienia miałyby dotyczyć, gdyż nie został on wymieniony w treści odwołania.

Na brak podniesienia zarzutu wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania wskazuje również analiza żądań odwołania. Odwołujący formułując żądania odwołania wnosi o powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Należy jednak wskazać, że ustawa w art. 20 ust. 1 odróżnia czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od czynności badania i oceny ofert. Odwołujący tymczasem nie wnosi ani o unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani o unieważnienie swojego wykluczenia. W ocenie Izby żądanie powtórzenia badania i oceny ofert odnieść należy wyłącznie do zarzucanego zamawiającemu wprost odrzucenia oferty z racji błędów w obliczeniu ceny oferty oraz nie dołączenia zestawienia materiałów.

Formułowanie zarzutów odwołania leży wyłącznie w sferze uprawnień podmiotowych wykonawcy, który sam decyduje jakie czynności lub zaniechania zamawiającego oraz z jakich przyczyn

faktycznych i prawnych kwestionuje.

Zarzuty odwołania nie mogą być domniemane przez Izbę. Mogą jedynie podlegać ewentualnemu uzupełnieniu na podstawie art. 187 ust. 3 Pzp jedynie w sytuacji, gdy niemożliwe jest nadanie odwołaniu prawidłowego biegu.

Zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych, zatem zaniechanie wskazania jako osnowy faktycznej i prawnej zarzutu wykluczenia z postępowania, iż Izba stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp nie może się odnieść do tej podstawy eliminacji odwołującego z postępowania.

Z uwagi na upływ zawitego terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, brak jest możliwości skutecznego wzruszenia czynności zamawiającego. Zatem wykluczenie odwołującego pozostaje prawnie skuteczne i złożona przez niego oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą, a on sam nie może uzyskać zamówienia. Tym samym odwołujący nie spełnia przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Art. 179 ust. 1 Pzp zawiera samoistne materialnoprawne przesłanki warunkujące skuteczność środka ochrony prawnej. Brak ich ziszczenia oznacza oddalenie odwołania bez konieczności merytorycznego odniesienia się do podniesionych zarzutów.

Prezentowana ocena nawiązuje do poglądu kształtującego się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym nieobjęcie zarzutami odwołania wszystkich podstaw odrzucenia oferty powoduje brak wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp (wyroki z 6 maja 2011 r., KIO 847/11, z dnia 28 lipca 2011 r., KIO 1529/11, z 30 marca 2012r., KIO 482/12).

W przywoływanym orzeczeniu z z 30 marca 2012r., KIO 482/12 Krajowa Izba Odwoławcza analizując konsekwencje braku zakwestionowania w odwołaniu wszystkich podstaw odrzucenia oferty wskazała nie tylko na brak istnienia przesłanek art. 179 ust. 1 Pzp, ale również na bezwzględną przesłankę uwzględnienia odwołania wskazanej w art. 192 ust. 2 Pzp. Skoro nawet potwierdzenie naruszenia przepisów ustawy w zakresie wskazanym przez odwołującego nie może doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, to naruszenia takie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Izba nie uwzględniła wynagrodzenia pełnomocników zamawiającego. § 3 pkt 2 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) pozwala na uwzględnienie kosztów stron postępowania odwoławczego - zatem zwrot kosztów - na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Dokument złożony przez pełnomocników zamawiającego zatytułowany „Rachunek kosztów” wskazuje kwotę należności i wierzycieli, nie wskazuje natomiast podmiotu zobowiązanego do zapłaty wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:**.....

.....

.....