

**WYROK**

**z dnia 28 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Polimex - Mostostal S.A. w Warszawie od czynności zamawiającego Izby Celnej w Białej Podlaskiej

przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego MIRBUD S.A. w Skierniewicach

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża Polimex - Mostostal S.A. w Warszawie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Polimex - Mostostal S.A. w Warszawie.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) 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:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Oddziału Celnego w Tomaszowie Lubelskim” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, wynosi 7.319.734,53 EURO (28.100.460,85 zł).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 87-130030 w dniu 5 maja 2010r; specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego [www.bialapodlaska.uc.gov.pl](http://www.bialapodlaska.uc.gov.pl) w dniu 5 maja 2010r.

Pismem z dnia 6 lipca 2010r., które doręczono Odwołującemu w tej samej dacie Zamawiający powiadomił Odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu Jego oferty. W dniu 16 lipca 2010r. Odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu, od czynności w postępowaniu, polegających na:

- 1) zaniechaniu wezwania MIRBUD SA, do uzupełnienia dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechaniu wykluczenia MIRBUD SA, tj. wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 3) zaniechaniu wezwania MIRBUD S.A. do złożenia wyjaśnień, w którym miejscu kosztorysu ofertowego wykonawca ten uwzględnił wyposażenie wskazane w załączniku nr 6 do SIWZ;
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty MIRBUD SA, tj. oferty wykonawcy, która została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 5) wyborze oferty MIRBUD SA, jako oferty najkorzystniejszej, mimo tego że Wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania, ewentualnie mimo tego, że jego oferta winna ulec odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że firma MIRBUD S.A. posiada odpowiednią wiedzę i dysponuje osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania MIRBUD S.A. do uzupełnienia dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełnienia

warunków udziału w postępowaniu;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia MIRBUD S.A. pomimo faktu, że firma ta nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ewentualnie:
  - 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD S.A. pomimo tego, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ;
  - 2) art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania MIRBUD S.A. do złożenia wyjaśnień, w którym miejscu kosztorysu ofertowego wykonawca ten uwzględnił wyposażenie wskazane w załączniku nr 6 do SIWZ;
  - 3) art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie unieważnienia dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie dokonania czynności wykluczenia MIRBUD S.A. względnie nakazanie dokonania czynności odrzucenia oferty MIRBUD S.A.;
- 4) nakazanie dokonania czynności wyboru oferty Polimex-Mostostal S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż wykonawca „MIRBUD” SA w Skierniewicach powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania w oparciu o treść art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem na wymaganie dotyczące dysponowania osobami, które będą pełnić funkcje kierowników robót, posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi m.in. z branży telekomunikacyjnej wykonawca wskazał osobę posiadającą uprawnienia z zakresu branży telekomunikacyjnej, która posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych. Uprawnienia zostały wydane w dniu 1 kwietnia 1999r., gdy obowiązywało rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995r., na mocy którego uprawnienia z zakresu telekomunikacji dzieliły się na dwie specjalności, tj. z zakresu: telekomunikacji

przewodowej oraz telekomunikacji radiowej, a w chwili publikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przyznawanie uprawnień z zakresu telekomunikacji było uregulowane w rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006r., przy czym w/w akt prawny nie utrzymał dychotomicznego podziału uprawnień z zakresu telekomunikacji: stosownie bowiem do treści § 22 rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Wykonawca, który przy realizacji przedmiotowego zamówienia zamierzał posłużyć się osobami posiadającymi uprawnienia z zakresu telekomunikacji wydanymi przed wejściem w życie rozporządzenia z dnia 28 kwietnia 2006r., do wykazania obowiązku sprecyzowanego w pkt 2.2.b Rozdziału 5 SIWZ winien był posłużyć się osobą(ami) posiadającą(y)mi uprawnienia zarówno z zakresu telekomunikacji radiowej jak i telekomunikacji przewodowej. Podał Odwołujący, że za takim stanowiskiem przemawia w szczególności fakt, że z treści Specyfikacji Technicznej Instalacji Logicznej TOM E5-ST Opis struktury sieci pkt 6.1 oraz Opis wyposażenia centrali telefonicznej pkt 6.3, Przedmiaru sieci strukturalnej i centrali telefonicznej TOM E5-P poz. 49, Zestawienia elementów centrali pkt 13 Opisu technicznego Projektu wykonawczego Instalacji logicznej (TOM E-5) wynika, że zakres robót obejmował montaż dziesięciu stacji bazowych przeznaczonych do łączności bezprzewodowej (radiowej) dla instalacji telefonicznej, będącej częścią składową instalacji logicznej. Realizacja przedmiotowego zamówienia wymagała zatem specjalistycznej wiedzy (uprawnień) z zakresu telekomunikacji bezprzewodowej. Powołał się Odwołujący na orzeczenie KIO z dnia 3 sierpnia 2009r. sygn. akt. KIO/UZP 950/09.

Wskazał dalej Odwołujący, że oferta MIRBUD S.A. w Skierniewicach winna ulec odrzuceniu w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, ponieważ Wykonawca nie przedstawił wszystkich dokumentów wymaganych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego, skoro Wykonawca wskazał, że do realizacji Zamówienia zamierza skorzystać z potencjału posiadanego przez osobę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy „TELEH” oraz potencjału osoby z uprawnieniami do kierowania i nadzorowania robotami budowlanymi, to winien był załączyć wszystkie wymagane SIWZ dokumenty: oświadczenie podmiotu (podwykonawcy) wskazane w art. 24 PZP, aktualny odpis z właściwego rejestru (tj. KRS lub zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w płaceniu podatków, zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub

KRUS o niezaleganiu opłacania składek na ubezpieczenia społeczne oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Zarzucił dalej Odwołujący, że harmonogram rzeczowo-finansowy przedstawiony przez Wykonawcę MIRBUD S.A. w Skierniewicach nie odpowiada treści SIWZ. Zdaniem Odwołującego, wykonawca MIRBUD S.A. złożył wymagany przez Zamawiającego harmonogram, którego treść nie odpowiada warunkom wskazanym w SIWZ, tj. w pkt. 10 Rozdziału 12 SIWZ, gdzie Zamawiający poinformował, że w roku 2010r. na wykonanie robót budowlanych zamierza przeznaczyć kwotę ok. 4.850.000 zł. Zdaniem Odwołującego, stanowiący integralną część oferty harmonogram winien być tak rozpisany, by Zamawiający miał możliwość wykorzystania wszystkich planowanych na rok 2010 środków. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że dopuszcza możliwość dokonywania korekt harmonogramu, jednak zmiany te nie mogą dotyczyć zmian w zakresie końcowych terminów poszczególnych elementów. Podał Odwołujący, że z treści harmonogramu załączonego do oferty MIRBUD S.A. wynika jednoznacznie, że do końca roku 2010r. (tj. w I i II kwartale realizacji inwestycji) Wykonawca zamierza wykonać roboty budowlane na kwotę nie przekraczającą 2.759.122,92-zł. Wykonawca zatem nie ustalił w harmonogramie terminów robót w sposób czyniący zadość wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. By to uczynić, Wykonawca musiałby dokonać w harmonogramie zmiany terminów poszczególnych robót tak, by do końca roku 2010r. wartość robót osiągnęła pułap 4.850.000 zł. Zdaniem Odwołującego, takie działanie jest niedopuszczalne zarówno na podstawie pkt 10 Rozdziału 12 SIWZ, jak i na podstawie podglądów reprezentowanych przez KIO – powołał się Odwołujący na wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008r. (sygn. akt. KIO/UZP 77/07): „*Harmonogram rzeczowo-finansowy, który stanowi załącznik do złożonej oferty, jest jej integralną częścią. Zmiana terminu wykonania części zamówienia w harmonogramie rzeczowo-finansowym jest więc zmianą oferty i takie działanie jest niezgodne z SIWZ i przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.*” a także wyrok z dnia 23 stycznia 2009r. (sygn. akt. KIO/UZP 62/09).

Zarzucił wreszcie Odwołujący, że kosztorys ofertowy przedstawiony przez Wykonawcę MIRBUD S.A. nie spełnia wszystkich wymogów przewidzianych w SIWZ, w zakresie elementów wyposażenia. Powołał się Odwołujący na odpowiedzi na zadane pytania z dnia 24 maja 2010r.

Pomimo udzielenia przez Zamawiającego jednoznacznej i precyzyjnej odpowiedzi, firma MIRBUD S.A. nie uwzględniła wniosków z niej płynących i nie przedstawiła w swoim kosztorysie wyceny elementów wyszczególnionych w Załączniku nr 6 do SIWZ. Odwołujący podniósł, że wartość niewycenionych przez Wykonawcę robót jest znaczna, co powoduje, że cena wskazana w kosztorysie ofertowym została zaniżona, zaś oferta przedstawiona przez

MIRBUD S.A. jest sprzeczna z postanowieniem wskazanym w pkt. 5 Rozdziału 3 SIWZ. Powołał się Odwołujący na wyroki KIO z dnia 23 kwietnia 2009r., sygn. akt. KIO/UZP 447/09) a także z dnia 3 września 2008r. (sygn. akt. KIO/UZP 871/08. Zdaniem Odwołującego, nieuwzględnienie wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniach 24 i 27 maja 2010r. przyczyniło się do złożenia oferty niezgodnej z wymogami przedstawionymi w w pkt. 5 Rozdziału 3 SIWZ. Takie niezgodności oferty ze specyfikacją skutkować powinny odrzuceniem oferty MIRBUD S.A. w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Stosowanie tego przepisu winno odnosić się do zgodności treści oferty, czyli zobowiązania wykonawcy i sposobu jego formalnego wyrażenia, które stanowi materialny substrat oferty (składane formularze ofertowych, kosztorysy, projekty etc), z wymaganiami SIWZ (tak m. in. KIO w orzeczeniu z dnia 8 kwietnia 2009r., sygn. akt. 388/09).

W dniu 19 lipca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przyłączył się wykonawca MIRBUD S.A. w Skierniewicach, podnosząc w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania:

- w odniesieniu do zarzutu Odwołującego, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania w oparciu o treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazana osoba na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych nie posiada wymaganych przez Zamawiającego uprawnień wskazano, że posiadane uprawnienia są w zupełności wystarczające dla realizacji przedmiotowego zamówienia, wyczerpują wymagania Zamawiającego (wykorzystującego do transmisji łączności telefonicznej połączenia przewodowe a nie łączność radiową) - centrala telefoniczna obsługuje linie przewodowe. Zgodnie z zapisem Rozdziału 3 pkt 8 SIWZ zakres przedmiotu zamówienia nie obejmuje wykonania przyłącza telekomunikacyjnego, obejmuje natomiast instalacje sanitarne, elektryczne oraz niskoprądowe w budynku biurowo magazynowym i portierni budowanego Oddziału Celnego. Natomiast, zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem z 2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje. Ponieważ zastosowane w projekcie rozwiązanie system DECT jest wewnętrznym protokołem centrali od obsługi w telefonii bezprzewodowej w centralach BAPX, jest to urządzenie o zasięgu lokalnym 100-500m, jest to rodzaj przenośnego telefonu - nie jest to łączność bezprzewodowa w rozumieniu ustawy o łączności i uprawnieniach budowlanych w zakresie telekomunikacji radiowej. Dlatego też należało uznać, że zakres infrastruktury telekomunikacyjnej w nowobudowanym budynku

biurowo magazynowym w pełni zabezpieczają wymienione uprawnienia telekomunikacyjne osoby wskazanej do zajmowania funkcji w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych. Podkreślił Przystępujący, że Zamawiający nie wymagał uprawnień w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, mimo że obecnie obowiązujące uprawnienia telekomunikacyjne tak się właśnie nazywają. Zamawiający ma prawo ustalać warunki według własnych potrzeb i żądać dokumentów jedynie niezbędnych dla realizacji danego postępowania - w tym przypadku zdecydował, że uprawnienia telekomunikacyjne nie muszą być bez ograniczeń, i tak też ocenił złożone przez Wykonawców uprawnienia. Przystępujący podniósł, że inni Wykonawcy tacy jak Skanska oraz RESBUD (trzeci i czwarty w kolejności) wskazali osoby z uprawnieniami jedynie w telekomunikacji przewodowej, które Zamawiający ocenił jako spełniające warunki.

Z ostrożności procesowej, wniósł Przystępujący o dokonanie przez Zamawiającego procedury uzupełnienia w zakresie wskazanej osoby na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

- w odniesieniu do zarzutu, że oferta wykonawcy winna ulec odrzuceniu w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Wykonawca nie przedstawił wszystkich dokumentów wymaganych w SIWZ, Przystępujący podniósł, że nie wskazał, że osoby wskazane do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych oraz kierownika robót drogowych będą podwykonawcami w postępowaniu, tak jak to sugeruje Odwołujący. Ponadto zakres dróg nie został nawet przez Przystępującego wskazany jako część zamówienia przeznaczona do realizacji przez podwykonawców. Powołał się Przystępujący na opinię prawną UZP dot. dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Podał Przystępujący, że należy stwierdzić, że obie osoby, prowadzące działalność gospodarczą zadeklarowały udostępnienie samych siebie, co wskazuje (zgodnie z powyższą opinią UZP) na bezpośrednie dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. Powołał się Przystępujący na wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt: KIO 1125/10. Podał Przystępujący, że nie zakładał umowy o podwykonawstwo z osobami wskazanymi na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych i kierownika robót drogowych, a wobec tego nie był obowiązany do przedstawienia dokumentów odnośnie podmiotów trzecich. Ponadto, w świetle opinii UZP oraz aktualnego orzecznictwa KIO, osoby te nie stanowią podmiotów trzecich a jedynie osoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, a tym samym bezprzedmiotowa staje się złożona deklaracja oraz dyspozycja przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego.

- w zakresie zarzutu, że harmonogram rzeczowo-finansowy przedstawiony przez Wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, podano, że harmonogram jest dokumentem informacyjnym i pomocniczym, który można zmienić lub poprawić, zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Stanowią o tym poniższe zapisy SIWZ oraz umowy: SIWZ - Kosztorysy ofertowe oraz harmonogram rzeczowo - finansowy będą miały dla zamawiającego charakter informacyjny o cenach jednostkowych robót i będą pomocne przy etapowym rozliczaniu inwestycji (Rozdział 12 pkt 9 SIWZ ; Harmonogram rzeczowo-finansowy, będzie pomocny dla Zamawiającego przy planowaniu i zabezpieczaniu środków finansowych na poszczególne terminy realizacji oraz przy kontroli stanu zaawansowania inwestycji (Rozdział 12 pkt 9 SIWZ); Harmonogram rzeczowo - finansowy, może być korygowany przez Zamawiającego z udziałem Wykonawcy, bez zmiany terminów końcowych poszczególnych elementów, w zależności od posiadanych środków finansowych w danym roku (Rozdział 12 pkt 10 SIWZ); Umowa: Harmonogram rzeczowo-finansowy, może być w miarę potrzeb Zamawiającego zmieniony, przede wszystkim z uwagi na możliwości finansowania inwestycji przez Zamawiającego. Zmieniony harmonogram w zakresie dokonanych zmian zastępuje z określonym dniem dotychczasowe postanowienia harmonogramu, bez konieczności zmiany treści umowy (par 2 pkt 3 umowy). Podano, że Zamawiający dopuścił możliwość dokonania zmian w harmonogramie zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Tak więc, jeżeli nawet Przystępujący nie wskazał w harmonogramie wystarczającej ilości robót na rok 2010 (za kwotę ok. 4 850 000 PLN), Zamawiający jest zobligowany taki harmonogram skorygować z udziałem Wykonawcy bez zmiany terminów końcowych poszczególnych elementów. Wskazał Przystępujący, że jedynie zupełny brak załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego skutkuje zgodnie z zapisem SIWZ (pkt 4), odrzuceniem oferty. Podkreślono, że harmonogram rzeczowo-finansowy jest dokumentem, który na bieżąco podlega zmianom i korektom, ze względu na brak możliwości jednoznacznego określenia rozpoczęcia realizacji chociażby ze względu na toczącą się procedurę udzielenia zamówienia. Niemożność ustalenia pewnego terminu podpisania umowy, skutkuje tym, że złożony do oferty harmonogram staje się natychmiast nieaktualny i konieczny do skorygowania. Dlatego też, nie jest możliwa jednoznaczna ocena harmonogramu jeżeli chodzi o dotrzymanie terminów i kwot częściowych i dlatego nie jest możliwe odrzucanie oferty z tego powodu. Zamawiający był w pełni świadomy konieczności przeprowadzenia korekty złożonych przez Wykonawców harmonogramów. Powołał się Przystępujący na wyroki KIO: z dnia 18 stycznia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP1689/09, KIO/UZP1691/09; z dnia 18 stycznia 2010 r. Sygn. akt: KIO/UZP 1689/09, KIO/UZP 1691/09; z dnia 3 listopada 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 1338/09; z dnia 15 grudnia 2009 r. Sygn. akt: KIO/UZP 1528/09.



Powołal się Przystępujący, że Zamawiający, wskazując dokumenty, które należy złożyć w ofercie, może żądać tylko takich dokumentów, które służą potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia. Wymaganie dokumentów, które nie służą tym celom, nie znajduje uzasadnienia i podstaw prawnych w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też albo żądane dokumenty potwierdzają spełnienie wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia, i możliwość żądania uzupełnienia takich dokumentów jest jak najbardziej uzasadniona i zgodna z prawem, albo zamawiający nie miał prawa ich żądać. Wskazał wreszcie Przystępujący, że Zamawiający w SIWZ jasno kwalifikuje ten dokument do dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy, a to przesądza, że Harmonogram podlega, uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

- w odniesieniu do zarzutu, że kosztorys ofertowy przedstawiony przez Wykonawcę nie spełnia wszystkich wymogów przewidzianych w SIWZ podniesiono, że Przystępujący ujął w cenie ryczałtowej robót budowlanych wykończeniowych wyposażenie wymienione w Zestawieniu elementów wyposażenia załączonym do SIWZ (załącznik nr 6), zatem zarzut Odwołującego jest bezzasadny. Przystępujący ujął cenę wyposażenia w kosztorysie ofertowym w branży architektonicznej, nie tworząc przy tym dodatkowego działu tego kosztorysu, ale uwzględniając cenę wyposażenia w cenie całego działu. Na tę okoliczność Przystępujący złożył stosowne oświadczenie w formularzu oferty ( pkt 11), że cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją pełnego zakresu przedmiotu zamówienia (...). Ponadto Zamawiający w treści SIWZ (str. 19 Rozdział 12 pkt. 9) dopuścił następującą sytuację: *„W przypadku braku kosztorysu ofertowego na dany: element, obiekt, branżę, roboty te należy wykonać w okresie przewidzianym w harmonogramie, natomiast płatność nastąpi po wykonaniu i odbiorze całego elementu w stu procentach (bez możliwości płatności etapowej) bądź przy fakturze końcowej.”* Tym samym, brak wydzielenia z ceny ryczałtowej - części kosztorysu na dany element, obiekt lub branżę skutkuje co najwyżej brakiem możliwości zapłaty za dany element, obiekt branżę zgodnie z harmonogramem. Taka płatność możliwa jest dopiero po wykonaniu i odbiorze całego elementu w stu procentach lub przy fakturze końcowej.

Zarzuty Odwołującego, że Przystępujący nie przedstawił w swoim kosztorysie wyceny elementów wyszczególnionych w załączniku nr 6 do SIWZ są nieuzasadnione i nieudowodnione przez Odwołującego. Przystępujący zwrócił uwagę, że zapisy rozdziału 12 SIWZ ustalają sposób obliczenia ceny, zgodnie z którym cena obliczona przez Przystępującego jest całkowicie prawidłowa, a kosztorys ofertowy zgodny jest z poniższymi zapisami i wymaganiami Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 5 maja 2010 (data zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej oraz ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy 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) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: skoro odwołanie złożone zostało z zachowaniem ustawowego terminu, to podlega ono rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania: w razie uznania zarzutów odwołania wykonawca wybrany w postępowaniu podlegałby wykluczeniu, względnie oferta uznana dotychczas za najkorzystniejszą podlegałaby odrzuceniu, a w takim wypadku oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą spośród złożonych w postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

1. W zakresie postawionego zarzutu, iż wykonawca MIRBUD S.A. w Skierniewicach powinien zostać wykluczony, w oparciu o treść art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na niespełnienie warunku w zakresie dysponowania osobami, do pełnienia funkcji kierowników robót, posiadających uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi m.in. z branży telekomunikacyjnej, stwierdzić należało, że postawiony przez Odwołującego zarzut nie znalazł potwierdzenia. Zamawiający we wskazanym zakresie postawił wymóg w rozdziale 5 pkt 1 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniali łącznie warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. dysponowali odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W pkt 2.2 a) i b) rozdziału 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł, że uzna spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli Wykonawca wykaże się dysponowaniem osobą która będzie pełnić funkcję kierownika budowy - posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez żadnych ograniczeń oraz co najmniej 3 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy; a także osobami które będą pełnić funkcję kierowników robót, posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach: instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych; instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; telekomunikacyjnej; drogowej. Z brzmienia przytoczonego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że Zamawiający w odniesieniu do postawionego wymagania uznawał za wystarczające przedstawienie w ofercie wykonawcy osoby posiadającej jakiegokolwiek uprawnienia w zakresie specjalności telekomunikacyjnej. Wniosek powyższy płynie z zestawienia wymagań zawartych w odniesieniu do osoby zaproponowanej na stanowisko kierownika budowy, co do której wyraźnie wskazano, że ma posiadać uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez żadnych ograniczeń, podczas gdy w odniesieniu do kierowników robót w pozostałym zakresie, w tym także w odniesieniu do specjalności telekomunikacyjnej takiego zastrzeżenia nie uczynił. Pozwala to wnioskować, że dla osoby, mającej zajmować funkcję kierownika robót w zakresie specjalności telekomunikacyjnej Zamawiający uznawał za wystarczające posiadanie jakichkolwiek uprawnień z tego zakresu, niezależnie od tego, czy są one pełne czy też ograniczone.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – wyznacza ona z jednej strony wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia ramy, jakie ma spełniać oferta, wymagania jakie muszą zostać zaoferowane by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, przytoczone wyżej przepisy należało interpretować tak, jak wskazuje na to ich brzmienie i okoliczności: jeśli Zamawiający w sposób ogólny postawił wymaganie, by wykonawca dysponował osobą na stanowisko kierownika robót w zakresie specjalności telekomunikacyjnej, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej to należało uznać że wskazane wymaganie zaspokaja posiadanie przez zaproponowaną osobę uprawnień w wymaganej specjalności, niezależnie od zakresu tych uprawnień.

Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu, że przepisy dotyczące uprawnień budowlanych we wskazanym zakresie zmieniały się kilkukrotnie. Dla potrzeb niniejszego postępowania wymienić należy:

- *Rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym* (Dz.U.95.120.581), w którym wskazano, że uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla: telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, oraz telekomunikacji radiowej (§ 2 Rozporządzenia), przy czym uprawnienia te mogły być wydawane do projektowania, kierowania robotami budowlanymi, lub projektowania i kierowania robotami budowlanymi w następujących specjalizacjach w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji: przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych, oraz radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych (§ 4 Rozporządzenia);

- *Rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz.U.95.8.38 z późn. zm.), które przewidywało, że uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą; uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie I stopnia uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z

obiektem budowlanym w zakresie: telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: linie, instalacje i urządzenia liniowe oraz urządzenia stacyjne; a także telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: obiekty nadawcze radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawcze i odbiorcze obiekty radiokomunikacyjne. Uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie II stopnia uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie: telekomunikacji przewodowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: linie, instalacje i urządzenia liniowe; telekomunikacji przewodowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak urządzenia stacyjne; telekomunikacji radiowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak nadawcze i odbiorcze obiekty radiokomunikacyjne; telekomunikacji radiowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak obiekty nadawcze radiofonii i telewizji naziemnej (§ 22 Rozporządzenia).

- *Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz.U.06.83.578 z późn. zm.), przyjmuje, że uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, zaś uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje (§ 22 Rozporządzenia).

Z powyższego zestawienia wynika, że zakres uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej ulegał zmianie, zmieniało się także pojęcie pełnych oraz ograniczonych uprawnień.

Wobec zmieniającego się zakresu uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej a także zakresu ograniczeń, przy braku sprecyzowania dokładniejszych wymagań w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należało uznać, że spełnieniem postawionego warunku będzie posiadanie jakichkolwiek uprawnień z zakresu telekomunikacji, tak w pełnym jak ograniczonym zakresie, uzyskanych na podstawie którychkolwiek spośród wymienionych wyżej przepisów. Gdyby Zamawiający oczekiwał

szczególnych uprawnień telekomunikacyjnych winno to znaleźć wyraz w brzmieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Firma MIRBUD SA, w załączniku nr 4 do SIWZ, wskazała, że osobą posiadającą uprawnienia z zakresu branży telekomunikacyjnej jest osoba, która posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych, uzyskane na podstawie decyzji Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Poczтовой Głównego Inspektora z dnia 1 kwietnia 1999r. na podstawie - *Rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym* (vide: dowód z decyzji z dnia 1 kwietnia 1999r.). Należało zatem uznać, że spełniony został w tym zakresie postawiony warunek dysponowania osobą która będzie pełnić funkcję kierownika robót, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej.

Nie sposób dalej uznać, za trafną argumentację zaprezentowaną w odwołaniu, iż wykonawca winien posłużyć się osobą lub osobami posiadającymi uprawnienia zarówno z zakresu telekomunikacji radiowej jak i telekomunikacji przewodowej, co ma być konsekwencją faktu, że z treści *Specyfikacji Technicznej Instalacji Logicznej TOM E5-ST Opis struktury sieci* pkt 6.1 oraz *Opis wyposażenia centrali telefonicznej* pkt 6.3, *Przedmiaru sieci strukturalnej i centrali telefonicznej TOM E5-P* poz. 49, *Zestawienia elementów centrali* pkt 13 *Opisu technicznego Projektu wykonawczego Instalacji logicznej* (TOM E-5) wynika, że zakres robót obejmował montaż dziesięciu stacji bazowych przeznaczonych do łączności bezprzewodowej (radiowej) dla instalacji telefonicznej, będącej częścią składową instalacji logicznej, a przez to, że realizacja przedmiotowego zamówienia wymaga specjalistycznej wiedzy (uprawnień) z zakresu telekomunikacji bezprzewodowej. Zamawiający wykazał, że zakresem zamówienia nie są objęte roboty budowlane obejmujące zastosowanie uprawnień w telekomunikacji radiowej: wskazywane elementy prac dotyczą centrali bezprzewodowej, co pozostawiono podmiotowi, który będzie dokonywał montażu przyłącza telekomunikacyjnego. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział 3 *Opis przedmiotu zamówienia* pkt 8), Zamawiający podał, że zakres przedmiotu zamówienia nie obejmuje następujących elementów robót budowlanych ujętych w projekcie budowlanym i wykonawczym: (...) wykonania przyłącza telekomunikacyjnego. Zamawiający wykazał także, że dla prawidłowej realizacji zadania nie było potrzebne w ogóle dysponowanie aż tyloma specjalistami – kierownikami robót odpowiednich specjalności, ale wymagał dysponowania osobami z odpowiednich zakresów po to, by mieć pewność, że zamówienie będzie zrealizowane prawidłowo i bez zakłóceń.

Nietrafną jest także argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą w analogicznym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. 1329/10 wyrokiem z dnia 14 lipca 2010r. uznała, że zmiana przepisów w zakresie uprawnień budowlanych, polegająca na rozszerzeniu ich zakresu powoduje, że wykonawca powinien wylegitymować się szerszymi uprawnieniami aniżeli posiadane na podstawie wcześniejszych przepisów. Dostrzeżenia jednak wymaga, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, stany faktyczne obu spraw nie są analogiczne; orzeczenie powołane przez Odwołującego dotyczyło sytuacji, gdy pierwotnie nadane uprawnienia, pod rządami wcześniejszych przepisów nie obejmowały pewnego zakresu a zaś później wprowadzone regulacje takie uprawnienia rozszerzyły, podczas gdy zagadnienie będące przedmiotem rozpoznania w tej sprawie koncentruje się na zakresie wymagania zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia: czy były nim objęte jakiegokolwiek uprawnienia telekomunikacji czy też te najpełniejsze.

Z powyższych względów należało uznać, że zawarte w ofercie wykonawcy MIRBUD S.A. w Skierniewicach dokumenty na potwierdzenie dysponowania osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej, wyczerpują postawione przez Zamawiającego wymaganie, a wykonawca nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W zakresie zarzutu, że oferta MIRBUD S.A. w Skierniewicach winna ulec odrzuceniu w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, ponieważ Wykonawca nie przedstawił wszystkich dokumentów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podkreślenia wymaga, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009r., Nr 226, poz. 1817), podstawę potwierdzenia przez wykonawcę dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia niezbędne do wykonania zamówienia, stanowiły: wykaz osób sporządzony według załącznika nr 4 „*Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi*” do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oświadczenie wykonawcy potwierdzające, że osoby wymienione w wykazie osób posiadają wymagane uprawnienia, stanowiące załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie, opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia, w której opisał warunki udziału w postępowaniu, w tym w odniesieniu do podmiotów trzecich, z których wykonawca będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia postawił wymóg, (Rozdział 6 pkt 1), że jeżeli Wykonawca będzie polegał na wiedzy i

doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zobowiązany będzie również złożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Dodatkowo Zamawiający podał, że jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt. Rozdziale 6 ust. 1 pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegać będzie na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca jest obowiązany do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, wymienionych w rozdziale 6 ust. 2 pkt 1-6 specyfikacji. We wskazanej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający enumeratywnie wymienił, jakiego rodzaju dokumentów będzie żądał, to jest: oświadczenie podmiotu (podwykonawcy) wskazanego w art. 24 ustawy, aktualnego odpisu z właściwego rejestru (tj. KRS lub zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w placeniu podatków, zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub KRUS o niezaleganiu opłacania składek na ubezpieczenia społeczne oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Odwołujący, do swojej oferty załączył Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia, w którym wymienił między innymi osoby, które miały pełnić funkcje: kierownika robót telekomunikacyjnych oraz kierownika robót drogowych. W wykazie w odniesieniu do każdej z osób wskazano w ostatniej kolumnie „*Udostępnienie osoby na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp (deklaracja dyspozycyjności)*”. Dla każdej z tych osób zostały załączone deklaracje współpracy o treści: „*Ja niżej podpisany (...) oświadczam że w przypadku uzyskania zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania przez firmę MIRBUD S.A. ul. Unii Lubelskiej 18, 96-100 Skierniewice zobowiązuje się do podjęcia z nią współpracy i pełnienia obowiązków przewidzianych na stanowisku kierownika robót telekomunikacyjnych (i odpowiednio: kierownika robót drogowych) przez okres potrzebny dla prawidłowego wykonania zamówienia: «Budowa Oddziału Celnego w Tomaszowie Lubelskim». Jednocześnie oświadczam, że spełniam wymagania określone SIWZ dla ww. stanowiska*”.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelą, „*Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych*



zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.” Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

Zamawiający może wymagać od wykonawców, którzy przy wykonywaniu zamówienia będą polegać na zasobach podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych złożenia dokumentów podmiotowych, jak oświadczenie podmiotu (podwykonawcy) wskazane w art. 24 ustawy, aktualny odpis z właściwego rejestru (tj. KRS lub zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w płaceniu podatków, zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub KRUS o niezaleganiu opłacania składek na ubezpieczenia społeczne oraz aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego. Zamawiający w spornej sprawie postawił rzeczony wymaganie, przy czym wykonawca MIRBUD SA w Skierniewicach wskazał, że do realizacji zamówienia zamierza skorzystać na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych z potencjału dwóch osób (mającej pełnić funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych oraz osoby do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych), nie załączył jednak wymaganych przez Zamawiającego dokumentów określonych w pkt. 2 Rozdziału 6 SIWZ.

Istotne jest jednak w analizowanym zakresie, że mimo wewnętrznej sprzeczności w ofercie Odwołującego, w której z jednej strony, w wykazie osób wyszczególniono osoby do zajmowania funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych i kierownika robót drogowych z podaniem, że wykonawca MIRBUD S.A. w Skierniewicach dysponuje tymi osobami na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, z drugiej zaś z załączonych deklaracji wynika, że osoby te podjęły się współpracy z wykonawcą na zasadzie swojej własnej, samodzielnej decyzji, osobiście dokonały dyspozycji sobą deklarując zawarcie z wykonawcą porozumień, a nie zostały udostępnione przez podmiot trzeci, należało przyjąć, że w tym wypadku obie osoby zadeklarowały udostępnienie samych siebie, co wskazuje na bezpośrednie dysponowanie przez wykonawcę MIRBUD S.A. w Skierniewicach osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a nie na powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący podał, że obie osoby, prowadzące działalność gospodarczą zadeklarowały udostępnienie samych siebie, co wskazuje na bezpośrednie dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. Potwierdzeniem powyższego były oświadczenia Przystępującego na rozprawie, zgodnie z którymi ze wskazanymi

do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych oraz kierownika robót drogowych osobami na stałe współpracuje na wielu budowach na podstawie umów cywilnoprawnych; przy czym pomimo, że w wykazie osób wskazano dysponowanie osobami na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy, to osoby te dysponowały samymi sobą ponieważ są osobami fizycznymi. Przystępujący przekonująco wykazał na rozprawie, że wskazanie w wykazie osób dysponowania na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy wynikało z działania zmierzającego do uniknięcia zarzutu podania nieprawdziwych informacji, tj. wskazania osób bez ich wiedzy i było wynikiem zwykłego błędu. Dano wiarę wskazanym wyjaśnieniom Przystępującego, uznając że dowodzą one o dysponowaniu przez Przystępującego osobami jako własnym potencjałem, co czyniło zbędną konieczność złożenia dokumentów: oświadczenia podmiotu (podwykonawcy) wskazanego w art. 24 ustawy, aktualnego odpisu z właściwego rejestru (tj. KRS lub zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w płaceniu podatków, zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub KRUS o niezaleganiu opłacania składek na ubezpieczenia społeczne oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Podał dodatkowo Przystępujący, że nie zakładał umowy o podwykonawstwo z osobami wskazanymi na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych i kierownika robót drogowych; oferta Przystępującego nie przewidywała podwykonawstwa.

W oparciu o powyższe należało uznać że wskazanie w ofercie Przystępującego osób do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych oraz kierownika robót drogowych nastąpiło nie w charakterze udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, ale osoby te stanowią zasób, którym wykonawca dysponuje bezpośrednio na podstawie umów cywilnoprawnych. Tym samym złożenie w stosunku do tych osób dokumentów takich jak oświadczenie podmiotu (podwykonawcy) wskazane w art. 24 ustawy, aktualny odpis z właściwego rejestru (tj. KRS lub zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w płaceniu podatków, zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub KRUS o niezaleganiu opłacania składek na ubezpieczenia społeczne oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego nie było w ogóle wymagane.

Nie potwierdził się zatem, wbrew twierdzeniom odwołania zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania MIRBUD S.A. do uzupełnienia dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

3. W zakresie zarzutu odwołania, że harmonogram rzeczowo-finansowy przedstawiony przez Wykonawcę MIRBUD S.A. w Skierniewicach nie odpowiada treści SIWZ, dostrzec należało, że w pkt. 10 Rozdziału 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał, że „w 2010 r. ma zabezpieczone środki finansowe na realizację inwestycji w wysokości 5.000.000 zł. (słownie: pięć milionów złotych) z czego ok. 97 % tj. ok. 4.850.000 zł. planuje się przeznaczyć na płatność za roboty budowlane. W związku z powyższym Wykonawca jest zobowiązany sporządzić na etapie składania oferty harmonogram rzeczowo- finansowy w taki sposób i tak realizować roboty budowlane, aby była możliwość pełnego wykorzystania tych środków. Harmonogram rzeczowo - finansowy, może być korygowany przez Zamawiającego z udziałem Wykonawcy, bez zmiany terminów końcowych poszczególnych elementów, w zależności od posiadanych środków finansowych w danym roku.”. W pkt 9 rozdziału 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał natomiast, iż „kosztorysy ofertowe oraz harmonogram rzeczowo - finansowy będą miały dla zamawiającego charakter informacyjny o cenach jednostkowych robót i będą pomocne przy etapowym rozliczaniu inwestycji. W przypadku braku ofertowego na dany: element, obiekt, branżę, roboty te należy wykonać w okresie przewidzianym w harmonogramie, natomiast płatność nastąpi po wykonaniu i odbiorze całego elementu w stu procentach (bez możliwości płatności etapowej) bądź przy fakturze końcowej. Harmonogram rzeczowo-finansowy, będzie pomocny dla Zamawiającego przy planowaniu i zabezpieczaniu środków finansowych na poszczególne terminy realizacji oraz przy kontroli stanu zaawansowania inwestycji.”.

Poddając ocenie zaprezentowany wyżej zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział 12 pkt 10) dostrzec należało, że istotnie, Zamawiający niefortunnie posłużył się sformulowaniem „Wykonawca jest zobowiązany sporządzić na etapie składania oferty harmonogram rzeczowo- finansowy (...)”, który mógłby nasuwać wykonawcom obowiązek takiego skonstruowania ofert, by rozpisać planowane w 2010r. i następnych latach roboty w ujęciu finansowym na wymaganą kwotę, niezależnie od obiektywnej możliwości wykonania takich robót. Niemniej jednak, kontekst analizowanego zapisu nakazuje uznać, że ma on znaczenie raczej postulacyjne, pomocnicze dla wykonawców, aniżeli mające służyć zobligowaniu wykonawców do złożenia ofert zawierających harmonogramy rzeczowo – finansowe opatrzone wprawdzie o wskazane kwoty ale nierealne.

Przemawiają za powyższym wnioskiem następujące okoliczności:

- zestawienie wspomnianego zapisu z pozostałymi zapisami specyfikacji, wzoru umowy (§ 2 wzoru umowy), z których niezbitnie wynika, iż harmonogram rzeczowo – finansowy ma charakter elastyczny, podlega zmianom, a przede wszystkim jest nierozłącznie związany ze stopniem realizacji zadania a nie ma być tylko abstrakcyjnym planem sporządzonym w oderwaniu od postępu prac i nieuwzględniającym realiów procesu budowlanego;

- konieczność sporządzenia harmonogramu rzeczowo – finansowego z uwzględnieniem realnych założeń, w taki sposób, który umożliwi w sposób wiarygodny przewidzieć planowane roboty i umiejscowić je w czasie w powiązaniu z odpowiednimi wydatkami. Harmonogram rzeczowo – finansowy na etapie składania ofert może bowiem być co najwyżej pewnym planem, projekcją zakładanych robót i wydatków z nimi związanych, skoro nie jest wtedy jeszcze możliwe określenie w jakim czasie nastąpi rozpoczęcie robót (to wszak jest uzależnione od rozstrzygnięcia postępowania, daty zawarcia umowy), co dodatkowo uzależnione jest od zdarzeń niepewnych takich jak niewystąpienie technicznych przeszkód w rozpoczęciu robót.

Potwierdzeniem tej oceny są zapisy projektu umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 2 *Termin i warunki wykonania przedmiotu umowy*): „Wykonawca najpóźniej w dniu podpisania umowy, przedstawi Zamawiającemu szczegółowy Harmonogram rzeczowo-finansowy z podziałem miesięcznym realizacji robót z ujęciem poszczególnych elementów, który będzie zgodny z Harmonogramem rzeczowo-finansowym załączonym do oferty Wykonawcy i bardziej wobec niego szczegółowy; Harmonogram rzeczowo-finansowy, stanowiący załącznik nr 3 do umowy, jest dokumentem zobowiązującym Wykonawcę do dotrzymania terminów realizacji poszczególnych elementów robót w nim zawartych od momentu przekazania terenu budowy; Harmonogram rzeczowo-finansowy, może być w miarę potrzeb Zamawiającego zmieniony, przede wszystkim z uwagi na możliwości finansowania inwestycji przez Zamawiającego. Zmieniony harmonogram w zakresie dokonanych zmian zastępuje z określonym dniem dotychczasowe postanowienia harmonogramu, bez konieczności zmiany treści umowy; Ustalony umową termin realizacji poszczególnych elementów oraz zakończenia wszystkich robót obejmuje również usunięcie wad i usterek stwierdzonych przy odbiorach przedmiotu umowy i odbiorze końcowym; Wykonawca przystąpi do realizacji przedmiotu umowy z dniem protokolarnego przekazania przez Zamawiającego terenu budowy oraz dziennika budowy, które powinno nastąpić w terminie do 7 dni roboczych od daty zawarcia umowy; Wykonawca zobowiązuje się do rozpoczęcia oraz zakończenia realizacji prac poszczególnych głównych elementów robót objętych niniejszą umową, o których mowa w § 1 ust. 2 w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym; Przekroczenie przez Wykonawcę zakresu finansowego robót określonego w harmonogramie Rzeczowo-Finansowym może spowodować opóźnienie w płatnościach dla Wykonawcy. W takim wypadku nie będą naliczane odsetki za przekroczenie terminu płatności.”

Dyspozycje zamawiającego co do sporządzenia harmonogramu będą zatem powodowały konieczność korygowania harmonogramu na etapie realizacji robót. Powyższe okoliczności świadczą, że harmonogram nie ma charakteru niezmiennego i będzie podlegał korektom, stosownie do zaistniałych okoliczności w trakcie realizacji inwestycji.

Tym samym, co do harmonogramu rzeczowo – finansowego należy – w zakresie jego treści – przyznać walor dokumentu o znaczeniu pomocniczym, informacyjnym, a nie definitywnie

zobowiązującego do konkretnych działań zgodnie z jego treścią. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, że harmonogram rzeczowo – finansowy mógłby być jedynie przejawem swego rodzaju „kreatywności księgowej”, byleby tylko wypełnić określone przez Zamawiającego ramy finansowe (tu: wykorzystanie założonej w budżecie na 2010r. kwoty 4.850.000 zł na roboty budowlane). Harmonogram rzeczowo – finansowy został zaś wyraźnie odniesiony do realizacji robót i na tę kwestię położono akcent w treści zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie wskazano: *„Wykonawca jest zobowiązany sporządzić na etapie składania oferty harmonogram rzeczowo- finansowy w taki sposób i tak realizować roboty budowlane (...)”*

Tym samym należało uznać, że załączony do oferty Harmonogram rzeczowo – finansowy miał być, w zamierzeniach Zamawiającego w pierwszym rzędzie realny, to jest sprzężony z zakresem rzeczywiście zaplanowanych i wykonywanych robót, a nie stanowić tylko plan natury finansowej pozostający w oderwaniu od wykonywanych robót i od rzeczywistej możliwości ich wykonania. Skoro termin rozpoczęcia robót nie był możliwy do określenia (ten bowiem zależy od zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i od momentu zawarcia umowy) to i harmonogram rzeczowo – finansowy musiał być traktowany jako dokument o znacznym stopniu założeń i elastyczności, zarówno jeśli chodzi o terminy rozpoczęcia poszczególnych robót, ich zakresy jak i będące ich następstwem przyporządkowane tym robotom kwoty.

Nie ulega wątpliwości, jak to podnosi Odwołujący, że z treści harmonogramu załączonego do oferty MIRBUD S.A. wynika jednoznacznie, że do końca roku 2010r. (tj. w I i II kwartale realizacji inwestycji) Wykonawca zamierza wykonać roboty budowlane na kwotę nie przekraczającą 2.759.122,92 zł. Jednak, z powodów wskazanych wyżej, wskazane odstępstwa od wymagań Zamawiającego nie mogą skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Powyższe powoduje, że należało uznać, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD S.A. pomimo tego, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ.

**4. Nie potwierdził się także zarzut Odwołującego, zgodnie z którym kosztorys ofertowy przedstawiony przez Wykonawcę MIRBUD S.A. nie spełnia wszystkich wymogów przewidzianych w SIWZ, w zakresie elementów wyposażenia.**

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podjął swoje rozstrzygnięcie, przyjmując, iż po pierwsze, przedmiar robót, a zatem i kosztorys ofertowy stanowi dokument pomocniczy w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych, po drugie, iż w przedmiotowym postępowaniu przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe.

W analizowanym postępowaniu, zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, że „Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu rozumianego zgodnie z art. 632 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) za zakres robót objęty projektem budowlanym i projektem wykonawczym wraz ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych z uwzględnieniem zapisów w SIWZ. Cenę oferty należy podać do dwóch miejsc po przecinku w złotych polskich cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem podatku VAT (zgodnie z formularzem oferty). Cena ryczałtowa oferty będzie musiała zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu.”

Wskazał nadto Zamawiający, że: „Podstawą do określenia (skalkulowania) ceny oferty Wykonawcy będą kosztorysy ofertowe sporządzone przez Wykonawcę metodą kalkulacji uproszczonej dla wszystkich elementów robót. Wykonawca tworzy kosztorysy ofertowe dotyczące poszczególnych obiektów i w poszczególnych branżach, wzorując się na układzie i podziale przedmiarów załączonych do SIWZ. Proponuje się główny podział na trzy elementy tj.: zagospodarowanie terenu, budynek biurowo-magazynowy, budynek portierni. Wykonawca tworzy kosztorysy ofertowe w poszczególnych branżach dla ww elementów, wyceniając pozycje przedmiarowe w wersji uproszczonej z podaniem tylko i wyłącznie wartości bez podatku VAT. Następnie sumuje wartości netto kosztorysów ofertowych wszystkich branżach i obiektach. Do wyliczonej całkowitej kwoty netto dodaje wartość podatku VAT. Tak wyliczoną cenę z podatkiem VAT Wykonawca zamieszcza w ofercie.”

Podkreślenia w tym miejscu wymagało, że roboty budowlane, będące przedmiotem niniejszego zamówienia, Zamawiający opisał za pomocą dokumentacji projektowej oraz przedmiarów i specyfikacji technicznych (załączonych do SIWZ).

Stwierdzić należy, że przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego, którego znaczenie sprowadza się do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania, a nie wyszczególnienia materiałów i prac, które składają się na zamówienie. Taki też charakter wskazanemu przedmiarowi nadał Zamawiający w tym postępowaniu (vide: rozdział 12 ust. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Nie można przyjąć, by w przedmiotowym postępowaniu przedmiar robót obejmował pełny zakres prac, ponieważ oprócz pozycji w nim uwzględnionych, należało ująć inne wynikające ze specyfikacji (elementy wyposażenia) – zresztą zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie dopuścił wszelkie ingerencje w zakresie opracowywanego na

podstawie tego przedmiaru kosztorysu. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zastrzegł, że przedmiar robót i sporządzony w oparciu o niego kosztorys mają obrazować wszystkie prace, materiały, bez możliwości jakichkolwiek odstępstw, zaś ujęcie któregośkolwiek z materiałów lub prac w taki sposób, że nie będzie ono możliwe do zidentyfikowania w kosztorysie (np. poprzez zagregowanie ich w ramach ogólniejszych pozycji) będzie uznane za równoznaczne z oświadczeniem, że te elementy nie są częścią oferty i że wykonawca w takim wypadku wyraża zamiar niewykonania prac we wskazanym zakresie czy też niezastosowania wymaganych materiałów, urządzeń. Przeciwnie – zamawiający zastrzegł znaczny stopień swobody w prezentacji robót, materiałów, urządzeń w kosztorysie, przy czym wskazane ujęcie lub pominięcie w kosztorysie nie jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania robót w sposób wymagany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączoną do niej dokumentacją. Wykonawca zobowiązany będzie bowiem do wykonania robót zgodnie z treścią dokumentacji, w tym do uwzględnienia elementów wyposażenia wymienionych w załącznik 6 do specyfikacji. Co więcej, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (vide: rozdział 12 ust. 3) wyraźnie przewidział skutek niezamieszczenia w kosztorysie jakiegokolwiek z wymaganych pozycji: *„W przypadku nie ujęcia przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym elementów robót zawartych w Projekcie Budowlanym lub Wykonawczym oraz Specyfikacji Technicznej Odbioru i Wykonania Robót, Wykonawca nie może żądać dodatkowego wynagrodzenia za te elementy robót i traktowane one będą jako ujęte w cenie ryczałtowej zamówienia.”*

Skoro zatem przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, ten bowiem wynika z dokumentacji projektowej, to nieujęcie w kosztorysie pewnych elementów (vide: rozdział 3 ust. 5 i 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), jak przykładowo elementy wyposażenia, nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co jednocześnie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przeprowadzone postępowanie wykazało, że wykonawca MIRBUD S.A. w Skierniewicach zaferował wykonanie zamówienia w sposób zgodny ze specyfikacją. Istotnie, jego oferta, co należy podkreślić, sporządzona w oparciu o opisane wyżej wskazania zamawiającego, w zakresie załączonego kosztorysu szczegółowego, nie wymieniała wprost elementów wyposażenia opisanego załączniku 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niemniej zostało wykazane, że ich wykonanie było objęte oświadczeniem o zamiarze wykonania również tych elementów. Skoro, jak wskazano wyżej, Zamawiający dopuścił swobodę w zakresie ingerencji przez wykonawców w przedmiar robót, wskazał skutek nieujęcia pozycji w

kosztorysie, a dodatkowo ustalił za wykonanie zamówienia cenę ryczałtową to brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nieujęcia wskazanych pozycji w kosztorysie.

Dalej istotne jest, że Zamawiający ustalił jako zasadę w postępowaniu cenę o charakterze ryczałtowym. Wprawdzie wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), zaś Kodeks cywilny, w części dotyczącej umowy o roboty budowlane, nie reguluje kwestii wynagrodzenia ryczałtowego, to przyjęć należy, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Zatem cena ryczałtowa to cena ustalona za całość zamówienia, na podstawie dokumentacji projektowej, a przedmiary mają jedynie znaczenie pomocnicze. Z tego też powodu nawet w sytuacji braku w kosztorysie szczegółowym niektórych elementów nie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, bowiem to dokumentacja projektowa określa treść i przedmiot zamówienia.

Przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że ocena rozmiaru, a co za tym idzie kosztów robót należy do wykonawcy i stanowi jego ryzyko. W przypadku ceny ryczałtowej przedmiar robót pozostaje elementem dokumentacji technicznej i służy do opisanie przedmiotu zamówienia. Jest to jednak dokument zamawiającego, który wyznacza wykonawcom zakres informacyjny opracowanego na podstawie tego przedmiaru kosztorysu. Jeśli jednak przedmiar ten nie ma charakteru sztywnego, dopuszczono odstępstwa od niego in plus, in minus, dodawanie, ujmowanie, łączenie pozycji, to nie sposób przypisywać opracowanemu na jego podstawie kosztorysowi znaczenia oświadczenia o tym, co będzie przedmiotem świadczenia takiego wykonawcy. Brak w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że nieujęcie pewnych pozycji (skumulowanie ich pod innymi pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac/zastosowania materiałów świadczącym o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Nie potwierdził się zatem, brew twierdzeniom odwołania zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania MIRBUD S.A. do złożenia wyjaśnień, w którym miejscu kosztorysu ofertowego wykonawca ten uwzględnił wyposażenie wskazane w załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.



Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatrzyła się – ze wskazanych wyżej względów - naruszenia w działaniach zamawiającego przepisów art. 7, art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4, art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:**

.....