

WYROK/POSTANOWIENIE*

z dnia 28 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 28 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **LINK sp. z o.o. z Poznania, ul. Lubowska 73** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ul. Wieniawskiego 1** protestu ~~protestów~~* z dnia 2 lipca 2008r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **01 Partner sp. z o.o. z Łodzi, ul. Lodowa 101** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ul. Wieniawskiego 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **LINK sp. z o.o. z Poznania, ul. Lubowska 73**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ul. Wieniawskiego 1** na rzecz przez **LINK sp. z o.o. z Poznania, ul. Lubowska 73**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00. gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **LINK sp. z o.o. z Poznania, ul. Lubowska 73**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Wydziału Chemii wraz z niezbędnymi sieciami – zadanie III wszczął Zamawiający Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ul. Wieniawskiego 1 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za nr 2008/S 56-075491 w dniu 20 marca 2008r.

W dniu 20 czerwca 2008r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert i wskazał, że za ofertę najkorzystniejszą w zadaniu III uznano firmę 01 Partner sp. z o.o. z Łodzi, ul. Lodowa 101 – Wykonawca wybrany. Ofertą drugą w kolejności zgodnie z przedstawionym streszczeniem oceny i porównania ofert dla tego zadania była oferta firmy LINK sp. z o.o. z Poznania, ul. Lubowska 73 z punktacją 96,18 pkt.

W dniu 26 czerwca 2008r. LINK sp. z o.o. z Poznania, ul. Lubowska 73 z punktacją 96,18 pkt – zwany dalej Odwołującym wniósł protest na wybór oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655- w skrócie ustawa) :

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez uznanie oferty Wykonawcy wybranego za ważną w postępowaniu oraz wyboru jej jako oferty najkorzystniejszej,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy wskutek nie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego z powodu złożenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz,

3. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 poprzez odstąpienie od weryfikacji treści oferty Wykonawcy wybranego zgodnie z instrukcją zawartą w siwz i wyjaśnieniami treści siwz oraz modyfikacjami treści siwz, jakie wprowadził Zamawiający w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu sporządzenia oferty cenowej, kosztorysów ofertowych,

4. art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez brak wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego z powodu przedstawienia w wykazie osób, które będą wykonywać zamówienie osoby nie posiadającej uprawnień budowlanych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie urządzeń elektrycznych, mimo zastosowania już przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy tj. złożenia ponownie wadliwego wykazu osób,

5. art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyjaśnienia zapisu zawartego w pkt 7 formularza ofertowego tj. 2011zł.,

6. art. 87 ust. 2 poprzez odstąpienie od czynności artykułem tym przewidzianych.

Wniósł o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz o ponowną ocenę ofert, przy uwzględnieniu treści protestu oraz o rozstrzygnięcie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał na zapisy pkt. 10.3, 10.7, 10.10, 12.2, 12.3 siwz oraz 2 ust. 1 istotnych postanowień umowy podnosząc, iż Zamawiający wymagał sporządzenia oferty ściśle według postanowień siwz, ustalenia wynagrodzenia m. in. na podstawie przedmiarów robót oraz wyjaśnień Zamawiającego, przygotowania kosztorysów ofertowych zawierających nazwę wycenianego elementu robót, ilość robót i jednostkę przedmiaru, cenę jednostkową, cenę wycenianego elementu robót (pozycji przedmiaru), stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie, koszty zakupu (o ile nie są ujęte w cenie materiału) i zysk, ponumerowania stron kosztorysów oraz ich spięcia w oddzielnym kosztorysie, wykonania umowy zgodnie z projektami wykonawczymi, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót i wymogami zawartymi w siwz. Odwołujący dokonując weryfikacji oferty Wykonawcy wybranego stwierdził, że kosztorys ofertowy wymagany w pkt 10.10 lp. 12 siwz został sporządzony bez uwzględnienia zmian wynikających z wyjaśnień Zamawiającego. Wykonawca wybrany nie uwzględnił :

1. wyjaśnień na pytanie nr 258 z 9 maja 2008r. i nie ujął w kosztorysie pozycji – kabel ogólnego stosowania SM 9/125 OS1 LSZZH o długości 1250 m,
2. wyjaśnień na pytania nr 236, 47 i 298 z 12 maja 2008r. i nie przeniósł urządzeń wraz z robocizną, pomiarami i ewentualnymi dodatkowymi materiałami wymienionych w odpowiedzi na pytania 236 i 47 do przedmiaru instalacji słaboprądowych,
3. wyjaśnień z dnia 9 maja 2008r. i przyjął w kosztorysie 72 sztuki studni SK zamiast 20 sztuk.

Te wadliwości, zdaniem Odwołującego, wskazują, że oferta Wykonawcy wybranego jest sprzeczna w swojej treści z treścią siwz i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nawet przy cenie ryczałtowej, żądanie przedstawienia kosztorysu ofertowego stanowi w istocie żądanie przedstawienia dokumentu określającego przedmiot zamówienia, a więc wszelkie odstępstwa od przedmiaru załączonego do siwz, stanowią o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący przywołał wyrok ZA z 29 maja 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-611/07. Zamawiający nie zastosował się do własnych postanowień zawartych w siwz pkt 14.1. Odwołujący podniósł, że niedopuszczalne jest odstępstwo od weryfikacji ofert według postanowień siwz. Strony stosunku zobowiązaniowego jakim jest postępowanie przetargowe są zobowiązane przestrzegać obowiązujących przepisów ustawy oraz warunków określonych siwz. Zastosowanie art. 89 ust. 1 ustawy jest dla Zamawiającego obligatoryjne. Powołał poglądy doktryny – T. Czajkowski Prawo Zamówień Publicznych Komentarz UZP Warszawa 2004, A. Panasiuka Zamówienia publiczne w orzecznictwie Warszawa 2006.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający w pkt 6.2 lp. 3 lit B, c) wymagał, aby wykonawcy dysponowali osobami posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Wykonawca wybrany mimo wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie dostarczył wymaganego dokumentu, bo choć przedstawił nowy wykaz, to wskazany w nim Piotr P. legitymuje się uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych – str. 10 oferty wybranej. Wskazana osoba nie posiada uprawnień w zakresie urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Drugi z załączonych przez Wykonawcę wybranego dokumentów również nie może stanowić potwierdzenia spełnienia warunku bo odnosi się do projektowania urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, a Zamawiający wymagał uprawnień do kierowania, a nie projektowania. Odwołujący powołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 806/06, zgodnie z którym przepis art. 26 ust. 3 ustawy może być zastosowany tylko jednorazowo. Tym samym Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien być odrzucić

ofertę Wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że łączna cena brutto oferty Wykonawcy wybranego w załączniku nr 1 do siwz str. 24 oferty została wyliczona błędnie. Jest 9 135 953, 75zł., a powinno być 9 135 953, 76zł. Różnica wynika z błędów w zakresie przeliczeń w zał. Nr 5/3 do siwz str. 26 oferty. Wskazał także, że Zamawiający w siwz podał, że zamówienie musi być zrealizowane do 30.09.2008r., a Wykonawca wybrany pominął słowo „do” i wskazał 30 września 2011 szt. Zdaniem Odwołującego taki zapis wyraża wolę wykonania zamówienia w jeden dzień i czyni realizację zamówienia nie możliwą. Termin realizacji jest istotnym elementem oferty i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał do przystąpienia do postępowania protestacyjnego pismem z dnia 26 czerwca 2008r., które Wykonawca wybrany otrzymał w dniu 30 czerwca 2008r.

Do postępowania protestacyjnego przystąpił Wykonawca wybrany w dniu 2 lipca 2008r. wnosząc o oddalenie protestu. Wskazał, że ma interes prawny w przystąpieniu, gdyż uwzględnienie protestu naruszyłoby prawo przystępującego do uzyskania zamówienia i jego realizacji przy poszanowaniu obowiązujących przepisów prawa oraz zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. W uzasadnieniu swego żądania podniósł, że Odwołujący błędnie interpretuje wagę kosztorysów ofertowych. Zamawiający w pkt 12.4 siwz wskazał, że kosztorysy ofertowe służą do ustalania harmonogramu robót i finansowania, a pkt 12.5, że ceny i wartości tych pozycji kosztorysu ofertowego, które nie zostały wypełnione, zostały uwzględnione w przez wykonawcę w cenie oferty. Wobec tych zapisów siwz wykonawca nie będzie miał prawa do żądania dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie robót nie wycenionych w kosztorysie. Za takim celem składania kosztorysów przemawia, zdaniem Wykonawcy wybranego, także pkt 12.6 siwz stanowiący, że kosztorysowe normy nakładów rzeczowych z przedmiarów nie są wiążące. Zamawiający w siwz podał sposób wyceny oferty, którym jest podanie ceny ryczałtowej, dlatego niemożliwe jest równoczesne wskazanie wiążących cen kosztorysowych, co oznacza, że nieuwzględnienie zmian w załączonych kosztorysach nie może spowodować odrzucenia oferty. Wykonawca wybrany wskazał, że załączone do oferty uprawnienia Piotra P. zostały wydane na podstawie obowiązującego w dacie ich wydania rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. W załączniku nr 3 do tegoż rozporządzenia w pkt 5 tabeli określono specjalność w ramach kierowania robotami budowlanymi elektrycznymi. W zakresie tej

specjalności („instalacja w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych”) nie występował podział na specjalizacje techniczno-budowlane, więc przyznane uprawnienia obejmowały także urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne. W rozporządzeniu w kolumnie 11 posłużono się nazwą uproszczoną instalacje i sieci elektryczne i elektroenergetyczne i obie nazwy mogą funkcjonować w ramach przedmiotowej specjalności. Wykonawca wybrany stanął na stanowisku, że jego oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a podana data realizacji jest terminem zakończenia prac. Zamawiający w pkt 5 siwz podał dla zadania nr III omyłkowo datę „30 września 20011r.”, a w odpowiedzi na pytania z 4 kwietnia 2008r. poprawił tę datę na 30 września 2011r., zatem data podana przez Odwołującego jest niewłaściwa.

Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2008r., doręczonym Odwołującemu w dniu 7 lipca 2008r. protest oddalił. Podając motywy rozstrzygnięcia wskazał, że w pkt 12.4 określił cel składania kosztorysów ofertowych – ustalenie harmonogramu robót i finansowania. Zamawiający oczekiwał złożenia oferty, a następnie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentacji projektowej, przedmiarach, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz wyjaśnieniami Zamawiającego na warunkach ceny ryczałtowej. Z pkt 12.1 siwz wynika ryczałtowy charakter wynagrodzenia uwzględniający wszystkie roboty budowlane, dostawy i usługi wynikające z charakteru zamówienia, których wykonanie jest niezbędne do realizacji kompletnego zamówienia. Wykonawca wybrany w załączniku nr 1 do siwz w pkt 1 potwierdził ryczałtowy charakter ceny ofertowej oraz w pkt 3 tegoż załącznika oświadczył, że w cenie oferty uwzględnił wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego. Zarzut wadliwie sporządzonego kosztorysu ofertowego nie znajduje uzasadnienia gdy wynagrodzenie zostało określone w sposób ryczałtowy. Na poparcie swoich wywodów Zamawiający wskazał wyrok ZA z 5 czerwca 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-634/07, wyrok SN z 20 listopada 1998r. sygn. akt II CKN 913/97, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 6 marca 2001r. sygn. akt I ACa 1147/00 i wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17 lipca 2006r. sygn. akt I Ca 342/06. Zamawiający podniósł, że w świetle orzecznictwa oferta Wykonawcy wybranego nie mogła być odrzucona z powodu sprzeczności treści oferty z treścią siwz.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy wybranego wskazał, że uprawnienia budowlane przedstawione w ofercie dla Piotra P. zostały wydane w oparciu o rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Zgodnie z załączniku nr 3 poz. 5 tabeli określono specjalność instalacja w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Nie występował podział na specjalizacje techniczno-budowlane, więc przyznane uprawnienia w 1996r. obejmowały także urządzenia elektryczne i

elektroenergetyczne. W rozporządzeniu w załączniku nr 1w kolumnie 11 posłużono się nazwą uproszczoną instalacje i sieci elektryczne i elektroenergetyczne i obie nazwy mogą funkcjonować w ramach przedmiotowej specjalności. Treść załącznika nr 1 uległa zmianie rozporządzeniem z dnia 19 września 2003r. Zamawiający stanął więc na stanowisku, że nie uchybił art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, a podana przez Odwołującego podstawa art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy jest nieadekwatna do przedmiotu protestu.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, to Zamawiający podniósł, że nie jest w stanie zająć merytorycznego stanowiska, bo powołane w proteście wartości brutto nie odpowiadają faktycznym wartościom brutto zapisanym w ofercie złożonej przez Wykonawcę wybranego. Zamawiający uwzględnił protest co do zarzutu złego oznaczenia daty realizacji zamówienia i stwierdził, że błąd w postaci zapisu „zł” zamiast „r” powinien być poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Oczywiście tej omyłki, zdaniem Zamawiającego, nie budzi wątpliwości i można ją poprawić bez żądania wyjaśnień i ingerencji w treść złożonej oferty. Zamawiający nie znalazł w treści oferty Wykonawcy wybranego cytowanego przez Odwołującego zapisu „w terminie : 30 września 2011 szt”. Zamawiający nie uwzględnił także protestu w zakresie pominięcia przez Wykonawcę wybranego słowa „do”. Odwołujący błędnie wskazał zapis siwz, na który się powołał. Treść załącznika nr 1 pkt 7 do siwz jest następująca „Roboty objęte zamówieniem zamierzamy zrealizować w terminie:”. Zamawiający nie wymagał użycia słowa „do”, natomiast żądał wykonania robót w określonym terminie. Czytając łącznie przytoczone zapisy, zdaniem Zamawiającego, nie można dojść do wniosku, że Zamawiający oczekiwał wykonania zamówienia w ciągu jednego dnia, zwłaszcza, że przedmiot umowy będzie wykonywany według harmonogramu robót i finansowania stanowiący załącznik nr 3 do umowy.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 11 lipca 2008r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. W zakresie zarzutów Odwołujący podtrzymał je w całości z tą zmianą, że w miejsce art. 24 ust. 1 pkt 3 wskazał art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz zarzucił Zamawiającemu dokonanie oceny merytorycznej ofert w sposób odmienny od zapisów siwz i wyboru oferty najkorzystniejszej według zasad nieujętych w siwz. Wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert na podstawie pierwotnych zapisów siwz, w wyniku czego wykluczenie i/lub odrzucenie oferty Wykonawcy wybranego, nakazanie powtórzenia wyboru wykonawcy z uwzględnieniem zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji oraz o zasądzenie od Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izłą. Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż na skutek nie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego jego oferta nie została uznana za

najkorzystniejszą w postępowaniu. W ramach dodatkowej argumentacji Odwołujący podniósł, że Wykonawca wybrany w przystąpieniu przyznał, że nie uwzględnił niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, błędnie powołał się w rozstrzygnięciu protestu na wynagrodzenie ryczałtowe, gdyż z zapisów siwz wynika, że w rzeczywistości Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 12 grudnia 2007r. sygn. akt KIO/UZP/1405/07. Stan faktyczny w którym zapadło przedmiotowe orzeczenie jest zbieżny z określonym w przedmiotowej sprawie. Za kosztorysowym charakterem wynagrodzenia przemawiają następujące zapisy siwz : pkt 12.2, 12.3, 12.6, formularz cenowy zał. nr 5/3 do siwz, 4 ust. 2 i 4 istotnych postanowień umowy. Dodatkowo na prawidłowe ustalenie przez Odwołującego charakteru wynagrodzenia wskazują wyrok SN z 8 maja 2003r. sygn. akt II CKN 46/01, SN z 22 listopada 2001r. sygn. akt I PKN 690/00 jak i wyroki przywołane w proteście. Użycie przez Zamawiającego w siwz pojęcia wynagrodzenie ryczałtowe nie znajduje zastosowania wobec wskazanych wyżej zapisów siwz. Nadto Zamawiający nie przewidział możliwości pominięcia w kosztorysie jakichkolwiek pozycji. Zmiana wymagań Zamawiającego co do sposobu sporządzania kosztorysów ofertowych po terminie składania ofert jest niedopuszczalna, gdyż zmienia zasady sporządzenia oferty i tu Odwołujący wskazał na wyroki ZA z 4 maja 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1219/06, z 6 marca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-569/06. Zamawiający dopiero po otwarciu ofert podał informację, że uwzględni odstępstwa od przedmiaru robót i dokumentacji projektowej, a taka informacja nie znalazła się ani w siwz, ani w ogłoszeniu. Zamawiający nie przestrzegał własnych postanowień wynikających z wyjaśnień do siwz, dopuścił inny niż opisany sposób realizacji zamówienia bez uwzględniania pozycji, bądź w innych ilościach niż opisane w dokumentacji projektowej i przedmiarach. Poszczególne pozycje przedmiaru zgodnie z dokumentacją projektową tworzą podstawę do ustalenia ceny za wykonanie zamówienia. Tak obliczona cena ma służyć porównaniu ofert. Wykonawca wybrany zmodyfikował przedmiary niezgodnie z wymogami Zamawiającego, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców – wyrok ZA z 18 października 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2625/06, Sądu Okręgowego w Poznaniu z 5 maja 2006r. sygn. akt II Ca 84/06, wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 9 listopada 2005r. sygn. akt II Ca 44/05. Siwz jest dokumentem podstawowym obowiązującym Zamawiającego i wykonawców na etapie sporządzania ofert i ich oceny. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający rozstrzygając protest próbuje konwalidować wady oferty wybranej. W pkt 12.5 siwz Zamawiający zapisał, że uzna za wliczone w cenę wyłącznie pozycje kosztorysowe, które nie zostały wypełnione. Odwołujący wskazał na definicję słownikową słowa wypełnić czyli wpisać tekst w puste miejsce, do odpowiednich rubryk. W przypadku zarzutów Odwołującego taka sytuacja nie ma miejsca, bo Wykonawca wybrany nie zastosował się do modyfikacji siwz dokonanej w wyjaśnieniach Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że przyłączył się do

protestu wykonawcy Elektromontaż S.A. i podtrzymał zarzuty zawarte w tym proteście odnoszące się do nieuwzględnienia przez Wykonawcę wybranego dodatkowych ilości poszczególnych pozycji podanych w opisie przedmiotu zamówienia w wyniku modyfikacji wynikającej z wyjaśnienia na pytanie 236 do siwz tj. :

1. Wykonawca wybrany podał 24 szt. paneli rozdzielczych, a Zamawiający wymagał 26szt. poz. 94,
2. Wykonawca wybrany podał 552 szt. krosowania kabla miedzianego, a Zamawiający wymagał 672szt. poz. 108,
3. Wykonawca wybrany podał 552 szt. krosowania kabla miedzianego, a Zamawiający wymagał 672szt. poz. 109,
4. Wykonawca wybrany podał 146 szt. krosowania kabla miedzianego, a Zamawiający wymagał 194szt. poz. 112.

Podniesienie tych zarzutów przez innego wykonawcę świadczy o tym, że kosztorysy należało sporządzić według postanowień pkt 10.3, 12.2, 12.3 siwz.

Dodatkowo jako argument nie wskazany w proteście, ani w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu przez wykonawcę Elektromontaż S.A. Odwołujący wskazał, że Wykonawca wybrany zaoferował inne urządzenie niż wymagane przez Zamawiającego tj. UPS 10000 zamiast UPS 20000. Powołał w tym miejscu także wyrok ZA z 16 maja 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-1378/06, z 24 marca 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-498/05, z 13 kwietnia 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-656/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 14 października 2005r. sygn. akt II Ca 1355/05, Sądu Okręgowego w Warszawie z 13 marca 2006r. sygn. akt V Ca 2469/05, ZA z 10 sierpnia 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-977/07, z 9 lipca 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-205/07, z 4 czerwca 2007r. UZP/ZO/0-637/07, z 12 kwietnia 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-641/05, z dnia 28 stycznia 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-121/05, Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 lipca 2005r. sygn. akt V Ca 592/05 oraz pogląd doktryny M. Płużański Prawo Zamówień Publicznych Komentarz Warszawa 2005r. str. 247-248, A. Kurowska, M. Tarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski Analiza Wyroków Sądów Okręgowych oraz Analiza Orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych Warszawa 2006r.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego i uznał, że stanowi ona powielenie stanowiska Wykonawcy wybranego. Zamawiający ściśle wymagał specjalności instalacji, sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i nie dopuszczał ani w siwz, ani w ogłoszeniu dokumentów odmiennych. Wykonawca wybrany próbuje wprowadzić Zamawiającego w błąd dopisał bowiem w zmienionym wykazie słowo „urządzeń” ale nie zmienił dokumentu potwierdzającego tę okoliczność. Powołał się na wyrok ZA z dnia 24 maja 2005r. sygn. akt

UZP/ZO/0-1062/05. Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego z powodu błędu w obliczeniu ceny.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo podanie niezgodnego z treścią siwz terminu realizacji zamówienia, Odwołujący podtrzymał zarzut i wskazał, że mimo uwzględnienia w tej części protestu, to nie można omyłki pisarskiej poprawić bez ingerencji w treść oferty i powinno się to odbywać poprzez powtórzenie czynności oceny ofert. Nie można wedle Odwołującego poprawić omyłki po wyborze oferty najkorzystniejszej, a nadto o poprawieniu omyłki należy powiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty, aby mogli oni rozważyć czy poprawienie omyłki nie godzi w ich interes prawny. Na tę okoliczność powołuje liczne poglądy orzecznictwa. Nadto podtrzymuje, że Wykonawca wybrany nie dodał przed datą terminu realizacji słowa „do”, co wynika z ogłoszenia i pkt 5 siwz. Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność co do sposobu wypełnienia pkt 7 w formularzu ofertowym i korzystając z tej swobody Wykonawca wybrany wpisał „w terminie : 30.09.2011r.”, co oznacza, że zamierza zrealizować zamówienie w jeden dzień. Zamawiający dokonał, zdaniem Odwołującego, ingerencji w treść oferty i wykładni oświadczenia woli, do czego nie był uprawniony. Odwoływanie się do harmonogramu robót i finansowania jest chybione, bo niewiadomo kiedy i przez kogo taki dokument będzie przygotowywany.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca wybrany w dniu 21 lipca 2008r., wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał swoją dotychczasową argumentację.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych w pkt. 3.2. siwz i przewidział część III w postaci robót elektrycznych i teletechnicznych. W pkt. 3.3 siwz dopuścił składanie ofert równoważnych podając, że wszystkie wskazania z nazwy wyrobów użyte w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót czy specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych z zastrzeżeniem, że uwzględnione w wycenie produkty nie odbiegają jakością, standardem i parametrami technicznymi od założonych. Ponadto zamienne urządzenia przyjęte do wyceny:

- winny spełniać funkcję jakiej mają służyć,
- winny być kompatybilne z pozostałymi urządzeniami, aby zespół urządzeń dawał zamierzony (zaprojektowany efekt),
- nie mogą wpływać na zmianę rodzaju i zakresu robót budowlanych. Na potwierdzenie tego, że przyjęte w wycenie równoważne produkty spełniają w/w warunki, wykonawca winien

załączyć do oferty karty katalogowe zamiennych urządzeń (dot. instalacji elektrycznych i teletechnicznych) bądź załączyć projekt wraz ze stosownymi obliczeniami, gdy zmiana urządzeń następuje w wentylacji i klimatyzacji.

W pkt. 5 siwz Zamawiający zapisał, że zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie : data zakończenia 30 września 2011r. (uwzględniając modyfikację siwz) – dla zadania częściowego: 3.

W pkt 6.2 siwz Zamawiający zawarł warunki dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu i zapisał, że Zadanie częściowe nr 3 : dysponowanie osobami, które będą wykonywać zamówienie (kierować robotami) posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, które są członkami właściwej Izby samorządu zawodowego.

W pkt 10.3 siwz Zamawiający zawarł wymóg, że oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez wykonawcę ściśle według postanowień siwz, natomiast w pkt. 10.7 Zamawiający zalecił, żeby odrębnie ponumerować strony kosztorysu ofertowego i spiąć w oddzielnym skoroszycie.

W pkt. 10.10 Zamawiający sporządził zestawienie dokumentów jakich złożenia do oferty oczekuje od wykonawców i w pkt 5 wskazał, że wykonawcy mają złożyć wykaz osób i podmiotów, które będą kierować robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich uprawnień zawodowych, wykształcenia i funkcji pełnionej na budowie zgodnie z treścią pkt. 6.2. pkt. 3B siwz – załącznik nr 7 do siwz. W pkt. 10.10.9 żądał załączenia formularza ofertowego sporządzonego oddzielnie dla każdego zadania częściowego, którym wykonawca :

- podaje cenę,
- deklaruje sposób wykonania zamówienia (siłami własnymi czy z podwykonawcą),
- potwierdza termin wykonania zamówienia,
- udziela gwarancji na wykonane roboty, zamontowane urządzenia i dostarczone wyposażenie,
- akceptuje warunki umowy,
- akceptuje termin związania ofertą,
- zobowiązuje się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Formularz ten stanowi załącznik nr 1 do siwz.

Zgodnie z pkt. 10.10.12 wykonawcy mieli także załączyć kosztorysy ofertowe składane dla każdego zadania częściowego osobno.

W pkt. 12 siwz uregulowano sposób obliczenia ceny i Zamawiający wskazał, że

1. Cena oferty jest ceną ryczałtową i wobec tego winna zawierać wszystkie przewidywane koszty wszystkich robót ujętych w przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i

odbioru robót budowlanych, dokumentacji projektowej oraz w założeniach zawartych w specyfikacji wpływających na cenę wraz z wartością materiałów i urządzeń. Cena ryczałtowa musi uwzględniać wszystkie roboty budowlane, dostawy i usługi wynikające z charakteru przedmiotu zamówienia, których wykonanie jest konieczne do realizacji kompletnego zamówienia. Cena ryczałtowa będzie podlegać zmianom jedynie w okolicznościach określonych w § 4 ust. 4 istotnych postanowień umowy.

2. Cenę oferty w złotych należy ustalić na podstawie dokumentacji projektowej, przedmiarów robót z jednoczesnym uwzględnieniem Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych wraz mając na uwadze założenia zawarte w specyfikacji, wpływające na cenę oraz wyjaśnienia Zamawiającego udzielone wykonawcom na piśmie w związku z ich zapytaniami i wątpliwościami, co do przedmiotu zamówienia.

3. wykonawca na podstawie w/w dokumentów i założeń, sporządza kosztorysy ofertowe, które muszą zawierać :

- nazwę wycenianego elementu robót,
- ilość i jednostkę przedmiaru,
- cenę jednostkową,
- cenę wycenionego elementu robót (pozycji przedmiaru),
- zestawienie cen materiałów,
- stawkę roboczogodziny,
- koszty pośrednie,
- koszty zakupu (o ile nie są ujęte w cenie materiału),
- zysk.

4. Kosztorysy ofertowe służą do ustalenia harmonogramu robót i finansowania.

5. Uważać się będzie, że ceny i wartości tych pozycji kosztorysu ofertowego, które nie zostały wypełnione, zostały uwzględnione przez wykonawcę w cenie oferty. W związku z tym wykonawca nie będzie miał prawa żądać dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie robót nie wycenionych w kosztorysie.

6. Kosztorysowe normy nakładów rzeczowych (np. KNR, KNNR) podane w przedmiarach robót określają zasady sporządzenia przedmiaru („Założenia szczegółowe” zawarte w każdym z rozdziałów KNR, KNNR) i dokonywania obmiaru robót wykonanych. Zastosowanie wymienionych KNR, KNNR dla sporządzenia kosztorysu ofertowego nie jest obowiązujące.

7. Rozliczenia między Zamawiającym, a wykonawcą będą prowadzone w PLN.

Zgodnie z pkt. 13 siwz jedynym kryterium oceny ofert jest cena brutto podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W pkt. 7 formularza ofertowego – załącznika nr 1 do siwz po słowach „w terminie” znajduje się miejsce wykropkowane. Załącznik nr 7 – wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie (kierować robotami budowlanymi) nie wynika obowiązek załączania dokumentów potwierdzających wykształcenie, uprawnienia czy funkcję.

Obowiązek taki wynika z wyjaśnień Zamawiającego i dokonanej w tym zakresie modyfikacji siwz.

W ramach istotnych postanowień umowy zapisano, że :

1. w razie zaistnienia po stronie Zamawiającego sytuacji uzasadniającej okresowe przerwanie robót, strony uzgadniają nowy termin zakończenia wykonania przedmiotu umowy – zd. 1 § 3 ust. 3 załącznika nr 11.

2. Jeżeli takie przerwanie robót spowoduje dodatkowe koszty po stronie wykonawcy, związane z koniecznym zabezpieczeniem robót już wykonanych i nie objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, to Zamawiający zapłaci te koszty Wykonawcy w sposób przewidziany niniejszą umową dla płatności za wykonane roboty – a ustalone według podanych w ofercie wskaźników kalkulacyjnych określonych w Formularzu cenowym (zbiorczej tabeli elementów scalonych) stanowiącym załącznik nr 5 do umowy § 3 ust. 4 załącznika nr 11.

3. wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu umowy ustala się ryczałtowo według wyniku przetargu § 4 ust. 1 załącznika nr 11.

4. Wysokość wynagrodzenia o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy może być waloryzowana kwartalnie, jednak nie wcześniej niż po zakończeniu pierwszego roku obowiązywania niniejszej umowy, w oparciu o wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w danym kwartale w stosunku do kwartału bezpośrednio go poprzedzającego. Wskaźnik ten publikowany jest w formie komunikatu Prezesa GUS w Monitorze Polskim. Zmiana wynagrodzenia nie ma charakteru automatycznego. Waloryzacja może nastąpić w oparciu o pozytywnie rozpatrzony wniosek złożony przez wykonawcę, z zastrzeżeniem, że waloryzacja będzie wiązać strony od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym wniosek został doręczony Zamawiającemu. Każdorazowa zmiana wynagrodzenia wymaga zawarcia przez strony aneksu do umowy zgodnie z postanowieniami § 16 niniejszej umowy § 4 ust. 4 załącznika nr 11.

W § 11 załącznika nr 11 opisano sposób rozliczania się Zamawiającego z wykonawcą. Przewidziano rozliczenia na podstawie harmonogramu robót i finansowania, nie przewidziano rozliczenia na podstawie obmiarów powykonawczych.

Na pytanie 236 w wyjaśnieniach z 7 maja 2008r. Zamawiający wskazał „W odpowiedzi na pytanie 47 Zamawiający odpowiada „Urządzenia/wyposażenie do szafy znajdującej się w POM. 1,49 do której zostaną przyłączone gniazda z poziomu 3 i 4 w części B należy przełożyć z szaf PDM oraz PDS części A” oraz, że w pomieszczeniu 1,49 został przewidziany UPS 20KVA i jest on wystarczający dla dodatkowych urządzeń LAN, które mają być przeniesione z części A do pomieszczenia 1,49. Nie przenosimy UPS-ów z części A. Należy przenieść : Panel 19 – calowy 50xRJ45 KATT IDC, USOC 2 pary, UTP, 1U Gafitowyszt. 7Panel ekranowy 19-calowy, 24xRJ45, 568A/B, STP, PowerCat 6, 1U,

Grafitowyszt. 2 kabel krosowy RJ45-RJ45 kat. 6 UPT o długości 1m 120 szt. kabel krosowy RJ45-RJ45 kat. 6 UTP o długości 0,7 m 120 szt. kabel krosowy RJ45-RJ45 kat. 5 UTP o długości 0,7m 48 szt. kabel krosowy RJ45-RJ-45 kat 5 UTP o długości 1 m 48 szt. kabel krosowy RJ45-RJ45 kat. 5 UTP o długości 2 m 48 szt. Gniazda elektryczne nie są zakresem UPS-ów sieci LAN.

Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 5 w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2008r. wskazał, że do wykazu osób wykonujących zamówienie (kierujących robotami budowlanymi) należy załączyć uprawnienia budowlane dotyczące tego zadania częściowego. Na pytanie nr 258 w wyjaśnieniach z dnia 9 maja 2008r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, że należy przyjąć CFR-00479 8 włóknowy światłowodów kabel ogólnego stosowania SM 9/125 OS1, LSZH 1250m, zaś na pytanie 260 w tych samych wyjaśnieniach wskazał studni kablowych SK-2 należy przyjąć 20 szt.

W odpowiedzi na pytanie 298 z dnia 12 maja 2008r. Zamawiający wskazał, że przeniesione urządzenia nie zostały ujęte w przedmiarze instalacji słaboprądowych dla budynku BCDEF. Proszę dodatkowo doliczyć na końcu kosztorysu.

Na stronie 25 oferty wybranej znajduje się zapis „Roboty objęte zamówieniem zamierzamy zrealizować w terminie: 30 września 2011zł.”

W ofercie Wykonawcy wybranego na stronie 9 znajduje się wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie jako kierownika budowy wskazano Piotra P. posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności instalacji sieci elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń oraz uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacji sieci, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Na potwierdzenie danych z wykazu przedłożono decyzję Urzędu Wojewódzkiego w Łodzi z dnia 18 listopada 1996r. nr NB/78/96WŁ potwierdzające uprawnienie budowlane w specjalności instalacji i sieci elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie kierowania robotami bez ograniczeń, zaświadczenie nr 1737 z dnia 4 grudnia 2007r. z Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, decyzję Łódzkiego Urzędu Wojewódzkiego z dnia 4 grudnia 2000r. znak GP.U.7131.107/00 nadającą uprawnienie budowlane do projektowania w specjalności instalacji, sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, zaświadczenie Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 25 maja 2006r. znak DIR/INN/600/447/06 o wpisie do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane.

Na str 26-27 oferty Wykonawcy wybranego znajduje się Formularz cenowy – załącznik 5/3 do oferty gdzie widnieją ceny netto, podatek VAT oraz ceny brutto za poszczególne rodzaje robót. Podano w nim łączną cenę netto w wysokości 9 135 953,90zł., podatek VAT 2009909,85zł. i cenę brutto 11 145 863,75zł. Przy czym z prostego przemnożenia ceny netto przez 22% podatek VAT i zsumowania w celu uzyskania ceny brutto wychodzi cena brutto w

wysokości 11 145 863, 758zł., natomiast przy zsumowaniu kolumn w pozycjach podatek VAT i cena brutto sumy podane przez Wykonawcę wybranego są niższe o 3 gr od sumy wynikającej z zsumowania poszczególnych rodzajów robót. Wykonawca wybrany w formularzu ofertowym na str. 24 w pkt 1 podał cenę brutto 11 145 863,75zł.

Nadto na tym formularzu złożył następujące oświadczenia, że :

1. zapoznał się z warunkami przystąpienia do zamówienia określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz uzyskał niezbędne informacje do przygotowania oferty,
2. w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego.
3. zapoznał się ze siwz oraz istotnymi postanowieniami umowy i nie wnosi w stosunku do nich żadnych uwag, a w przypadku wyboru jego oferty podpisze umowę zgodnie z istotnymi postanowieniami umowy.

Str 325 kosztorysu ofertowego wykonawcy wybranego znajduje się w poz. 116 Cover Partner – zasilacz UPS 10 000 VA QP Series, poz. 117 Cover Cover Partner – zasilacz UPS 20 000 VA + B40, poz. 118 Cover Partner – zasilacz UPS 3 000 VA Partner RM 3 030. W poz. 94 Wykonawca wybrany wskazał 24 sztuki paneli rozdzielczych RJ 45, w poz. 108 kabel miedziany w szafie dystrybucyjnej – Kabel krosowy RJ45-RJ45 kat. 6 STP o dł. 1m – 552 sztuki, w poz. 109 kabel miedziany w szafie dystrybucyjnej – Kabel krosowy RJ45-RJ45 kat. 6 STP o dł. 0,7m – 552 sztuki, w poz. 112 w poz. 108 kabel miedziany w szafie dystrybucyjnej – Kabel krosowy RJ45-RJ45 kat. 5 UTP o dł. 2m – 146 sztuk.

Po wezwaniu Wykonawcy wybranego do wyjaśnień przedłożył on nowy wykaz – załącznik nr 7, z którego wynika, że Piotr P. posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacji, sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Wykonawca wybrany nie przedłożył innych niż załączone do oferty dokumentów potwierdzających ten fakt.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień Zamawiającego do siwz, protokołu postępowania wraz z załącznikami, ofert Wykonawcy wybranego i Odwołującego oraz pisma Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 23 lipca 2008r.

Izba wzięła także pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje :

1. w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo tego, że treść złożonej przez wykonawcę oferty nie odpowiada treści siwz co do następujących wymogów :

a) zgodności pozycji kosztorysowych z przedmiarem.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Ze szczegółowego wymogu wynikającego z pkt. 10.3. 10.7, 10.10.12, 12.2, 12.3. siwz oraz z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynika, że składane kosztorysy mają znaczenie pomocnicze i treść kosztorysów ofertowych będzie służyła do weryfikacji zgodności oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia z przedmiotem postępowania opisanym w siwz. Za takim przyjęciem przemawia racjonalność Zamawiającego. Odmienne interpretacja dokonana na podstawie art. 65 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy prowadziła by do przyjęcia, że Zamawiający zażądał dokumentu zbędnego w postępowaniu w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy i nałożył na wykonawców obowiązek wykonania pracy i poniesienia kosztów dla dokonania czynności, które nie wywrą żadnych skutków w postępowaniu. Zamawiający w pkt. 12.4 siwz zapisał, że kosztorysy ofertowe mają służyć ustaleniu harmonogramu robót oraz określeniu sposobu finansowania robót. Oparcie finansowania o kosztorys będzie mieć miejsce przy rozliczaniu obmiarowym kosztorysami powykonawczymi. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający określił precyzyjnie cel składania kosztorysów, to należy uznać, że Zamawiający wskazał tym samym, że będzie traktował złożone kosztorysy pomocniczo dla zbadania czy uwzględniono wszystkie wymagane prace, które następnie będą znajdować swoje odzwierciedlenie w harmonogramie robót. Izba uznała, że choć Zamawiający nie wyartykułował wprost, że celem sporządzenia kosztorysów jest sprawdzenie zgodności oferowanego przedmiotu robót z przedmiotem postępowania, to taki cel można wywieść z zapisów SIWZ i Zamawiający dał mu także wyraz w wyjaśnieniach do siwz. To w wyjaśnieniach Zamawiający w przypadku rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, a przedmiarem załączonym do siwz, każdorazowo przy uwzględnianiu zapisów siwz dokonuje modyfikacji przedmiarów, lub wyraźnie wskazuje, że postulowanej zmiany nie akceptuje i oczekuje wykonania zgodnie z przedłożonym do siwz przedmiarem. Ponadto zapisy siwz nakładają na wykonawców ścisłe sporządzenie kosztorysów według dokumentacji projektowej specyfikacji technicznej i przedmiarów. W ocenie Izby taki zapis wskazuje na to, że Zamawiający na podstawie kosztorysów miał weryfikować złożone oferty, w zakresie zgodności oferowanych prac z pracami przewidzianymi w siwz. Zamawiający bardzo precyzyjnie określił w jaki sposób ma być sporządzony kosztorys – pkt. 12.3 siwz i nakazał uwzględnianie w kosztorysach zmian wynikających z wyjaśnień Zamawiającego – pkt. 12.2 siwz. W tej sytuacji nieuwzględnienie zmian wynikających z wyjaśnień z dnia 9 i 12

maja 2008r. w zakresie odpowiedzi na pytania 47, 236, 258, 298 spowodowało, że wykonawca zaoferował przedmiot sprzeczny z przedmiotem zamówienia określonym w siwz. Pominięcie elementów kalkulacyjnych CFR-00479 8 włóknowy światłowódów kabel ogólnego stosowania SM 9/125 OS1, LSZH 1250m, nie doliczenie urządzeń wraz z robocizną , pomiarami i dodatkowymi materiałami wymienionych w odpowiedzi na pytania 47 i 236, wbrew wyraźnej wytycznej Zamawiającego, zastosowanie innej niż przewidziana przez Zamawiającego ilości poszczególnych materiałów- studnie kablowe, mniejszej ilości paneli, krosowania kabla miedzianego powoduje, że treść oferty Wykonawcy wybranego pozostaje w sprzeczności z treścią siwz. Mając to na uwadze Izba stwierdza, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z art. 82 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie oceny oferty wybranej pod kątem zgodności jej treści z treścią siwz i uznanie jej za najkorzystniejszą.

b) terminu realizacji zamówienia

W zakresie zarzutu nie wezwania do wyjaśnień zapisu „2011zł.”, Izba stwierdza, że zarzut ten został uwzględniony i na mocy art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Zamawiający może dokonać poprawy omyłki pisarskiej dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Wskazać należy, że wobec uwzględnienia w tej części protestu Odwołujący nie ma interesu prawnego w podtrzymaniu tego zarzutu. Nadto Odwołujący nie wykazał w jaki sposób potencjalne naruszenie art. 87 ust. 2 ustawy poprzez skorygowanie oczywistej omyłki pisarskiej w tym przypadku grozi mu uszczerbkiem w jego interesie prawnym.

Co do zarzutu sprzeczności treści oferty z treścią siwz w ten sposób, że wedle Odwołującego, Wykonawca wybrany zadeklarował jednodniowy termin realizacji w miejsce określonego i wymaganego przez Zamawiającego terminu realizacji zamówienia jako okresu czasu, gdzie rozpoczęciem jego biegu nie zostało określone, ale określony został termin końcowy, Izba nie podziela zarzutu Odwołującego. Sam Zamawiający określił w siwz termin realizacji zamówienia podając datę zakończenia realizacji, w tym zakresie sam nie posłużył się słowem „do”. Mimo to Odwołujący nie zarzuca Zamawiającemu, że wskazał termin jednodniowy w siwz i że jest to termin niemożliwy do utrzymania w stosunku do przedmiotu zamówienia. Faktycznie Zamawiający określił termin jako okres czasu, nie wskazując początkowej daty, od kiedy termin realizacji rozpocznie swój bieg. Jednakże Zamawiający określił ten termin jako termin wymagany bezwzględnie od wykonawców, nie podlegający ocenie i nie dopuścił w tym zakresie zmian. Nawet nie zawarcie w formularzu ofertowym pkt. 7 i wskazanie

miejsca do podania terminu, nie miało wpływu na to, że zamówienia miało być realizowane od podpisania umowy do 30 września 2011r. Wykonawca miał jedynie tę okoliczność potwierdzić wpisując datę zgodną z datą wskazaną przez Zamawiającego. Skoro sam Zamawiający nie podał terminu początkowego, to również nie mógł stawiać wymogu, aby wykonawcy wskazywali okres czasu na od podpisania umowy do 30 września 2011r., czy od daty przekazania placu budowy do 30 września 2011r., czy jeszcze w inny sposób np. do 30 września 2011r. W ocenie Izby wskazanie daty bezpośrednio po dwukropku nie może być odczytane inaczej jak wskazanie daty zakończenia, bo tak samo zrobił to Zamawiający w siwz, a odmiennych postanowień w tym zakresie nie zawarł.

Sam Odwołujący przyznaje, że wykonanie przedmiotowego zamówienia w jeden dzień nie jest możliwe. Dodatkowo potwierdzeniem tego, że wykonawca nie ma zamiaru zrealizować zamówienia w jeden dzień jest fakt złożenia oświadczeń woli w formularzu ofertowym o treści, że zapoznał się ze siwz oraz istotnymi postanowieniami umowy i nie wnosi w stosunku do nich żadnych uwag, a w przypadku wyboru jego oferty podpisze umowę zgodnie z istotnymi postanowieniami umowy. To również potwierdza, że Wykonawca wybrany zrealizuje zamówienie w okresie od zawarcia umowy do 30 września 2011r. W tej sytuacji Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy.

2. odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez bezprawne zaniechanie wykluczenia Wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty pomimo tego, że nie wykazał, że spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z § 5 ust. 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz.U.95.8.38 ze zm. w brzmieniu obowiązującym na dzień 18.11.1996r. uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych stanowią podstawę do projektowania lub kierowania budową i robotami budowlanymi przy wykonywaniu instalacji i urządzeń niskiego napięcia (wraz z przyłączami) w budownictwie jednorodzinny i zagrodowym oraz innych budynków o kubaturze do 1000 m³ i prostej funkcji technologicznej, takich jak magazyny, niewielkie obiekty handlowe, warsztaty rzemieślnicze. I w tym miejscu ustawodawca posługuje się pojęciem „w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych”. W lp. 4 w tabeli z załącznika nr 3 - wykaz specjalizacji techniczno-budowlanych wyodrębnionych w

ramach specjalności posługuje się pojęciem „instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych”. Natomiast w załączniku nr 1 kol. 11 tegoż rozporządzenia znajduje się zapis „instalacje i sieci elektryczne i elektroenergetyczne”. Tym samym ustawodawca posługuje się dwoma nazwami na określenie tej samej specjalności. To stanowisko dodatkowo potwierdza pismo Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa znak OKK/3748/891/08/PC z dnia 23 lipca 2008r. Pismo to stanowi dowód w przedmiotowej sprawie wbrew twierdzeniom Odwołującego, gdyż zgodnie z art. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów Dz.U.01.5.42 ze zm. od 8 lutego 2001r. okręgowe izby inżynierów budownictwa w ramach swoich kompetencji mają wyłączne prawo nadawania uprawnień budowlanych i prowadzą rejestr nadanych uprawnień. W tej sytuacji pismo kierowane do członka tego samorządu zawodowego informującego o przysługujących mu uprawnieniach i ich zakresie może stanowić dowód w sprawie.

3. Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 6 lub 7 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny/odrzućcia oferty, która zawiera omyłko rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W rzeczywistości bowiem błąd w obliczeniu ceny nie wynika, jak twierdził na rozprawie Odwołujący, z błędu w zaokrągleniu stawki VAT, ale w błędnym zsumowaniu cen za części zamówienia wskazanych w załączniku nr 5/3. Tym samym błąd ten nadaje się do poprawienia w trybie art. 88 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy jak i w trybie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. c ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt. 1 ustawy.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp uznając za uzasadnione koszty wpisu poniesione przez Odwołującego oraz koszty zastępstwa na rozprawie na podstawie przedłożonego rachunku oraz umowy zlecenia zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit a i d oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym Dz.U.06.87.608

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....