

Sygn. akt: KIO/UZP 1260/08

WYROK
z dnia 21 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Marek Koleśnikow Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Gdańsku, ul. Kurkowa 12, 80-803 Gdańsk** protestu z dnia 20 października 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Gdańsku, ul. Kurkowa 12, 80-803 Gdańsk i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Gdańsku, ul. Kurkowa 12, 80-803 Gdańsk** na rzecz **Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Stargardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Gdańsku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "adaptację budynku magazynowego na pawilon zakwaterowania osadzonych na terenie Aresztu Śledczego w Starogardzie Gdańskim przy ul. Kościuszki 30 A". Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 218977-2008 w dniu 15 września 2008 r.

W dniu 13.10.2008 r. zamawiający dokonał oceny ofert i ogłosił wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński w Kościerzynie. W dniu 20.10.2008 r. wniosło protest Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane "S-Bud" S.A. w Starogardzie Gd. dotyczący następujących czynności zamawiającego:

- poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny poprzez zastąpienie ceny brutto podanej w ofercie przez wykonawcę - Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z Kościerzyny w kwocie 1 968 319,71 zł. ceną brutto w kwocie 2 244 251,79 zł.
- badania i oceny ofert, w następstwie, których zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński,

oraz na zaniechanie:

- wykluczenia Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub odrzucenia jego oferty,
- wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie wykonawcy postępowanie zamawiającego naruszyło następujące przepisy:

1) art. 24 ust.1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp” w zw. z § 1 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605), i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten:

- nie spełniał w dniu składania ofert warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp tj. nie posiadał potencjału kadrowego własnego lub wyrażającego pisemnie gotowość współpracy w zakresie funkcji kierownika robót elektrycznych,
- złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania tj. wskazał w oświadczeniu o potencjale kadrowym (str.12 oferty), że funkcję kierownika robót w zakresie robót elektrycznych będzie pełnił p. Zdzisław K., który nie jest pracownikiem Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński. Osoba ta mogłaby pełnić wskazaną funkcję, gdyby wyraziła pisemną gotowość współpracy z Zakładem Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński jako podwykonawca. Zdzisław K. nie wyraził na piśmie gotowości. Dokumentu takiego nie dołączono do oferty: Nadto wykonawca podał nieprawdziwe informacje, że nie zamierza żadnych części zamówienia powierzyć podwykonawcom,

2) art. 22 ust.1 pkt 4 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który nie mógł się ubiegać o udzielenie zamówienia, ponieważ powinien podlegać wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,

3) art. 88 ust.1 pkt 2 lit. a Pzp poprzez poprawienie ceny brutto podanej przez Wykonawcę- Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński w kwocie I 968 319,71 zł. - na cenę brutto w kwocie 2 244 251,79 zł. w sytuacji kiedy niedopuszczalne jest poprawianie omyłek związanych z obliczeniem podatku od towarów i usług,

4) art. 87 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie, w toku badania i oceny ofert, zmiany w treści oferty tj. przyjęcie przez zamawiającego innej, poprawionej przez siebie ceny brutto, a nadto poprzez uznanie, że wykonawca dopuścił się oczywistej omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny oraz dokonanie jej poprawienia podczas, gdy wykonawca nie dopuścił się omyłki przy

sumowaniu cen części zamówienia, a przyjął przy obliczeniu ceny oferty brutto stawkę podatku VAT 7 %, zamiast 22 %.

5) art. 82 ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie zawiera dokumentów potwierdzających potencjał kadrowy - nie dołączono dokumentu - pisemnej gotowości współpracy Zdzisława K. z wykonawcą zgodnie z wymogiem § 12 ust. 1 siwz oraz w której wykonawca samowolnie skorygował przedmiary robót,

6) art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński w sytuacji, kiedy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp,

7) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art.15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 387 § I Kodeksu cywilnego poprzez nie odrzucenie oferty Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, w sytuacji kiedy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Protestujący zażądał: uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ofercie Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z postępowania lub odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego "S-Bud" S.A jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestujący podał, że w sytuacji kiedy Zdzisław K. nie jest pracownikiem wykonawcy, to współpraca z nim musiałaby odbywać się jako z podwykonawcą na podstawie np. umowy zlecenia.

W dniu 7 października 2008 r. zamawiający poinformował protestującego, że dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie złożonej przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, przyjmując wyższą kwotę brutto: zamiast kwoty 1 968 319,71 zł. - kwotę 2 244 251,79 zł. Protestujący stwierdził, że dokonał sprawdzenia w siedzibie zamawiającego w dniu 9.10.2008r, na czym faktycznie polegała rzekoma oczywista omyłka rachunkowa wykonawcy i ustalił, że wykonawca nie popełnił omyłki rachunkowej przy sumowaniu wartości brutto poszczególnych kosztorysów ofertowych lecz zastosował inną stawkę podatku VAT przy sporządzaniu poszczególnych kosztorysów ofertowych - 22 % oraz inną stawkę podatku VAT przy obliczeniu ceny oferty - 7 %. Podał w ofercie cenę netto 1 839 550,64 zł. i cenę brutto 1 968319,18 zł, a więc przyjął 7 % podatek VAT.

W tej sytuacji zdaniem protestującego należy przyjąć, że zamawiający bez żadnej podstawy prawnej dokonał poprawienia oferty wykonawcy poprzez wyliczenie ceny oferty przy zastosowaniu prawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 22 %, doprowadzając w ten

sposób do zmiany treści oferty. Podstawy do takiego działania nie daje art.88 ust.1 pkt 2 lit.a Pzp. Zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT należy traktować jako błąd w obliczeniu ceny inny niż omyłka rachunkowa.

Ponadto oferta Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powinno skutkować jej odrzuceniem, ponieważ nie zawiera dokumentów potwierdzających potencjał kadrowy wykonawcy w zakresie funkcji kierownika robót elektrycznych (nie dołączono dokumentu - pisemnej gotowości współpracy Zdzisława Klein z wykonawcą) oraz wykonawca samowolnie zmodyfikował przedmiary robót (Załącznik Nr 3 do SIWZ):

a) budowlanych - w pozycji 98 kosztorysu ofertowego skorygował ilość na 32,81 m³ (strona 36 oferty) podczas, gdy przedmiar określał 65,62 m³ oraz w pozycji 148 kosztorysu ofertowego podał ilość 244,182 mg (strona 43 oferty), gdy wg przedmiaru winno być 0,

b) teletechnicznych - w pozycji 101 kosztorysu ofertowego nie uwzględniono współczynnika 2 (strona 81 oferty), który powinien być uwzględniony zgodnie z tą pozycją przedmiarową, natomiast w pozycji 110 kosztorysu ofertowego policzono 130 sztuk (strona 82 oferty), podczas gdy wg przedmiaru jest 260 sztuk.

Protestujący wskazał, że w piśmie z dnia 26 września 2008r. zamawiający udzielając odpowiedzi na pyt.15 poinformował, że wykonawcy samodzielnie nie mogą modyfikować przedmiarów - konsekwencją ich modyfikowania będzie odrzucenie oferty.

Protestujący podał, iż przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 8 Pzp stanowią, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zaproponowany przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, termin wykonania zamówienia - 4 miesiące – nosi, w jego ocenie, cechy umowy o świadczenie niemożliwe, a zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Zdaniem protestującego wykonanie zamówienia przez wykonawcę w zaoferowanym przez niego terminie jest niemożliwe. W siwz określono termin wykonania zamówienia jako termin od podpisania umowy do dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego. Oznacza to, że faktyczne wykonanie zamówienia przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, zgodnie z jego ofertą, nastąpi faktycznie w okresie krótszym niż 4 miesiące. Mało prawdopodobne jest, aby odbiór robót protokołem zdawczo-odbiorczym nastąpił natychmiast po wykonaniu zamówienia, ponieważ czynności odbiorcze muszą być poprzedzone badaniami, próbami, odbiorami technicznymi poszczególnych części zamówienia. Niemożliwe jest wykonanie zamówienia w tym terminie również z innych względów. Realizacja robót przypada na okres zimowy : listopad-luty, grudzień-marzec, co oznacza, że nie wszystkie roboty będzie można wykonywać ze względu na technologię i warunki BHP, a w okresie obniżonych temperatur nie wolno wykonywać: m.in. robót

dociepleniowych elewacji, betonowania, tynków wewnętrznych, posadzek, malowania. W tej sytuacji okres 16 tygodni zaoferowany przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński jest niewystarczający do wykonania zamówienia zgodnie z załączonymi do siwz specyfikacjami technicznymi. Skutkować to musi wadliwością wykonanych prac, a w efekcie zamawiający otrzyma produkt niepełnowartościowy. Normatywna ilość roboczogodzin wszystkich robót wynikająca z kosztorysów wynosi 31.930,00. Przewidywana ilość dni roboczych w ciągu 4-ch miesięcy realizacji zamówienia wynosi 93 dni. Przyjmując założenie 8-godz. dnia pracy (zgodnie z kodeksem pracy) należy uznać, że na budowie każdego dnia winny pracować 52 osoby (51,8). Ze względu na rozmiary zakresu prac i technologię robót nie jest możliwa jednoczesna efektywna praca takiej ilości pracowników na tej budowie.

W tym stanie rzeczy zamawiający powinien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp odrzucić ofertę jako nieważną.

W ocenie protestującego Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, proponując 4-miesięczny termin wykonania zamówienia utrudnił innym przedsiębiorcom (w tym protestującemu) swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Określonego tak krótkiego terminu wykonania zamówienia podyktowane było, w ocenie protestującego, chęcią uzyskania maksymalnej ilości punktów za okres wykonania zamówienia, a nie rzeczywistymi możliwościami rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia. W tym też zakresie wypełniona została norma dyspozycji przepisu art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy w oparciu o wyżej cytowany przepis w zw. z przepisem art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt I ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 ze zm.). Protestujący podkreślił także, że zamawiający na realizację zamówienia przewidywał cykl 10-cio miesięczny, a pozostali wykonawcy zaoferowali 8-miesięczny i 10-miesięczny termin realizacji. Wskazał, że w niniejszej sprawie ma także zastosowanie przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako przepis zawierający klauzulę generalną - uniwersalny zakaz nieuczciwej konkurencji, którą oceniać należy jako działanie sprzeczne z prawem, lub dobrymi obyczajami. Postępowanie wykonawcy narusza zdaniem protestującego zasadę dobrych obyczajów, czyli norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Zamawiający uznał za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp W ocenie zamawiającego „oferta wybrana spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Wykonawca złożył stosowne oświadczenie o posiadaniu odpowiedniego potencjału kadrowego

oraz załączył listę osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia. Zamawiający nie stwierdził, aby złożone w ofercie informacje były nieprawdziwe. Wśród wymagań określonych w siwz nie przewidziano obowiązku dołączenia do oferty pisemnej deklaracji gotowości współpracy przez kierowników robót.

Zamawiający oddalił zarzut w zakresie poprawienia omyłki rachunkowej. Poprawienie omyłki zdaniem zamawiającego było dopuszczalne (dokonane w trybie art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp) i polegało na poprawieniu nieprawidłowego zsumowania kosztorysów częściowych. Przy prawidłowo policzonej sumie cen netto z kosztorysów cząstkowych jest to ewidentna omyłka rachunkowa, gdyż suma cen netto była zgodna, a suma cen brutto z podatkiem VAT 22 % była niezgodna. Wobec powyższego zamawiający nie poprawiał wysokości naliczonego podatku VAT, a przyjął jedynie wartość wynikającą z sum cen brutto poszczególnych kosztorysów.

Zamawiający stwierdził, że nie zostały dokonane żadne zmiany w ofercie niezgodne z ustawą - przepis art. 87 ust. 1 i 2 Pzp nie został naruszony.

Zarzut naruszenia art. 82 ust. 3 Pzp zamawiający uznał także za nieuzasadniony. Wszystkie oferty zawierały dokumenty wymagane w siwz. Zostały złożone stosowne oświadczenia oraz wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zaplanowanego zakresu robót i ich uprawnienia.

Zamawiający stwierdził, że we wszystkich złożonych ofertach występują przypadki nieznaczających zmian w obmiarze. Po dokonaniu szczegółowej analizy zamawiający uznał, że wprowadzone zmiany nie wpłynęły w znaczącym stopniu na wybór oferty najkorzystniejszej. Z porównania różnicy kwot będących konsekwencją pomyłek w stosunku do łącznej kwoty każdej z ofert wynika, że różnica jest rzędu 0,1 %, co zdaniem zamawiającego ma nieistotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

W ofercie Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński w pozycji 101 przedmiaru branży teletechnicznej przyjęto 9 zespołów do uruchomienia zamiast 18 oraz w pozycji 110 przedmiaru branży teletechnicznej przyjęto 130 szt. zamiast 260. Różnica w cenie (wg interpolacji liniowej) w przypadku pozycji 101 kosztorysu ofertowego branży teletechnicznej wynosi 1 246,79 zł netto (1 521,08 zł brutto) oraz w przypadku pozycji 110 kosztorysu ofertowego branży teletechnicznej 1 039,87 zł netto (1 268,64 zł brutto) nie powoduje zmiany kolejności ofert przez co nie wpływa na wynik postępowania.

W toku postępowania nie naruszono także art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. Stwierdzoną omyłkę rachunkową można było poprawić na podstawie art. 88 Pzp.

Zamawiający uznał za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp tj. że złożenie oferty przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający stwierdził, że realizacja zamówienia możliwa jest

w okresie 4 miesięcy, a interesów inwestora broni zapis w umowie o odsetkach w wysokości 0,5 % za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Wobec oddalenia protestu wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując wszystkie zarzuty zawarte w proteście oraz w całości powtórzył argumentację.

Wykonawca wniósł w odwołaniu o:

- nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego - poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy - Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński,
- nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego - badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego - badania i oceny ofert;

a nadto wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność, czy możliwa jest realizacja tego zamówienia w okresie zimowym w cyklu 4 miesięcy (listopad-luty, grudzień-marzec) przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, norm i obowiązujących przepisów oraz potencjału kadrowego Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński. Przeprowadzenie tego dowodu jest zdaniem wykonawcy niezbędne do udowodnienia jego racji o niemożliwości wykonania tego zamówienia w warunkach zimowych zgodnie z wymaganiami zamawiającego w terminie 4-ch miesięcy.

Odwołujący wskazał, że sam zamawiający określił termin wykonania zamówienia na okres do 10 miesięcy. Sam też Zamawiający określił, że do wykonywania tynków można przystąpić po zakończeniu okresu osiadania i skurczu murów, tj. po upływie 4 do 6 m-cy po zakończeniu stanu surowego (pkt. 5.3 Specyfikacji technicznej wykonania odbioru robót budowlanych B-OI.06.01 - str. 57). Z ww. zapisu specyfikacji wynika, że wykonawca nie jest w stanie wykonać całości zamówienia w terminie 4 miesięcy.

Odwołujący podał, że Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania, odnosząc się do zarzutu nieuczciwej konkurencji stwierdził, że będzie korzystał z przepisów kodeksu cywilnego "w razie zaistnienia siły wyższej". W ocenie odwołującego, warunków pogodowych występujących zimą nie można zaliczyć do siły wyższej. Każdy z wykonawców powinien przewidzieć możliwość wystąpienia zimą normalnych w tym okresie warunków pogodowych, uniemożliwiających wykonywanie niektórych robót budowlanych. Odwołujący podniósł także, iż protest w niniejszej sprawie został wniesiony w dniu 20 października 2008 r. tj. przed dniem 24 października 2008 r. kiedy weszła w życie nowelizacja ustawy Prawo zamówień

publicznych z dnia 4 września 2008 r. a wobec tego do niniejszego odwołania - ze względu na treść art. 4 ust. 2 ww. ustawy, mają zastosowanie przepisy dotychczasowe.

Uwzględniając dokumentację zawartą w aktach sprawy, oryginalną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu przedmiotowego odwołania. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która znajduje się na drugiej pozycji według uzyskanej punktacji w ramach oceny ofert. W przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznałby uszczerbku. Tym samym spełniona została materialno-prawna przesłanka rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu, dotyczącego poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny poprzez zastąpienie ceny brutto podanej w ofercie przez wykonawcę - Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński w kwocie 1 968 319,71 zł ceną brutto w kwocie 2 244 251,79 zł Izba uznała, iż zarzut ten został zgłoszony z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust. 2 Pzp i stosownie do dyspozycji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp Izba nie rozpoznawała odwołania w zakresie powyższego zarzutu. Izba zważyła, że zamawiający pismem z dnia 7 października 2008 r. skierowanym faksem do wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, w tym do odwołującego, co potwierdził odwołujący w toku posiedzenia, poinformował o dokonaniu poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie złożonej przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp wraz z uzasadnieniem (informację o poprawieniu omyłki rachunkowej w formie pisemnej odwołujący otrzymał w dniu 14 października 2008 r.). Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński w dniu 8 października 2008 r. przesłał do zamawiającego pismo z dnia 7 października 2008 r. w treści którego wyraził zgodę na poprawienie tej omyłki. W dniu 8 października 2008 r. odwołujący złożył pisemny wniosek do zamawiającego o udostępnienie ofert do wglądu oraz w dniu 9 października 2008 r. dokonał „sprawdzenia w siedzibie zamawiającego na czym faktycznie polegała rzekoma

oczywista omyłka rachunkowa wykonawcy”, co potwierdził w treści protestu. Odwołujący wówczas ustalił, że wykonawca nie popełnił omyłki rachunkowej przy sumowaniu wartości brutto poszczególnych kosztorysów ofertowych lecz zastosował inną stawkę podatku VAT przy sporządzaniu poszczególnych kosztorysów ofertowych - 22 % oraz inną stawkę podatku VAT przy obliczeniu ceny oferty - 7 %.

Stosownie zatem do treści art. 180 ust. 2 Pzp należało uznać, że odwołujący dowiedział się o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu 7 października 2008 r. i od tej daty należy liczyć siedmiodniowy termin na wniesienie protestu na tę czynność. Zatem protest wniesiony w dniu 20 października 2008 r. dotyczący czynności dokonanej przez zamawiającego w dniu 7 października 2008 r., o której odwołujący powziął wiadomość w tym samym dniu, należało uznać za spóźniony, gdyż termin na jego wniesienie upłynął w dniu 14 października 2008 r.

W świetle powyższego Izba nie orzekła co do zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 88 ust.1 pkt 2 lit. a Pzp poprzez poprawienie ceny zaoferowanej przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński oraz art. 87 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie w toku badania i oceny ofert zmiany w treści oferty i art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z powodu błędów w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp z powodu nie spełniania warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi, iż wykonawca nie wykazał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji w zakresie funkcji kierownika robót elektrycznych. Zamawiający wymagał w specyfikacji (§ 12 pkt 1 tiret 6) złożenia oświadczenia w zakresie „posiadania odpowiedniego potencjału kadrowego (własny lub wyrażający pisemnie gotowość współpracy [...])” Wykonawca złożył stosowne oświadczenie o posiadaniu odpowiedniego potencjału kadrowego i listę osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia w tym wskazał osobę p. Zdzisława K. na stanowisko kierownika robót w zakresie robót elektrycznych (str.12 oferty). Izba uznała, że wymagania zawarte w siwz dotyczące potencjału kadrowego nie przewidywały obowiązku dołączenia do oferty pisemnej deklaracji gotowości współpracy przez kierowników robót, a jedynie oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Obowiązek taki nie wynika również z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ani też z przepisów wykonawczych rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Należy podkreślić przy tym, że wykonawcy posiadają możliwość zatrudnienia

odpowiednich osób w celu wykonania zamówienia również na innych zasadach niż umowa o pracę tj. na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, w tym m.in. na umowę zlecenie lub umowę o dzieło.

W związku z powyższym niezasadny jest zarzut, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania wskazując w oświadczeniu o potencjale kadrowym, że funkcję kierownika robót w zakresie robót elektrycznych będzie pełnił p. Zdzisław K., który nie jest pracownikiem Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński. Z treści oświadczenia nie wynika, że wykonawca oświadczył, iż p. Zdzisław Klein jest jego pracownikiem. Brak jest jednocześnie podstaw do stwierdzenia, że wykonawca nie posiada pisemnej zgody tej osoby do wykonywania prac na jego rzecz w przypadku uzyskania zamówienia. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Z treści wyjaśnień wykonawcy Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński (pismo z dnia 13 października 2008 r.) złożonych na wezwanie zamawiającego (pismo z dnia 10 października 2008 r.) w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wynika, że wykonawca zamierza zatrudnić p. Zdzisława K. na podstawie umowy o dzieło. Powyższy sposób zatrudnienia osoby fizycznej, nie prowadzącej działalności gospodarczej, nie stanowi podwykonawstwa w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem wykonawca oświadczając w ofercie (strona 2 oferty), iż nie zamierza żadnych części zamówienia powierzyć podwykonawcom nie złożył nieprawdziwych informacji. W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający nie naruszył tym samym przepisu art. 22 ust.1 pkt 4 Pzp zarzucanego przez odwołującego w proteście i odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, z powodu zaoferowania terminu realizacji zamówienia, w którym nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia Izba uznała, że zarzut powyższy podlega uwzględnieniu.

Zamawiający określił w specyfikacji (§ 2), iż „termin realizacji zamówienia nie może przekroczyć 10 miesięcy od dnia podpisania umowy do dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego.” Zamawiający określił także w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót m.in., że do wykonywania tynków można przystąpić po zakończeniu okresu osiadania i skurczu murów, tj. po upływie 4 do 6 m-cy po zakończeniu stanu surowego (pkt 5.3 Specyfikacji technicznej wykonania odbioru robót budowlanych B-OI.06.01 - str. 57).

Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński zaoferował termin wykonania zamówienia - 4 miesiące od podpisania umowy do dnia podpisania protokołu zdawczo-

odbiorczego (strona 2 oferty). Pozostali wykonawcy zaferowali 8-miesięczny i 10-miesięczny termin realizacji.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż wykonanie zamówienia przez wykonawcę w zaferowanym przez niego terminie jest niemożliwe oraz że zaferowane zostało świadczenie niemożliwe wobec czego zgodnie z art. 387 § 1 K.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Z przywołanego postanowienia specyfikacji technicznej wynika, że wykonawca nie będzie w stanie wykonać właściwie całości zamówienia w terminie 4 miesięcy. Izba uznała, że ze względu na technologię oraz warunki bhp, jak twierdził odwołujący, nie wszystkie roboty będzie można wykonywać w tym terminie, a w okresie obniżonych temperatur nie wolno wykonywać: m.in. robót dociepleniowych elewacji, betonowania, tynków wewnętrznych, posadzek, malowania. W ocenie Izby słuszne jest również stanowisko odwołującego, że każdy z wykonawców powinien przewidzieć możliwość wystąpienia zimą normalnych w tym okresie warunków pogodowych, uniemożliwiających wykonywanie niektórych robót budowlanych.

Twierdzenia odwołującego zostały poparte Opinią techniczną Nr 21/Z/2008 opracowaną przez Gdańskie Biuro Ergonomii i Budownictwa „ERG-BUD GD” Sp. z o.o., w której stwierdzono, że na podstawie przeprowadzonej analizy „z bardzo dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że nie jest możliwe wykonanie, w okresie listopad – luty, zadania inwestycyjnego objętego zamówieniem publicznym nr OI/I-012/2008 na adaptację budynku magazynowego...”

Zamawiający w ocenie Izby nie wykazał, że jest możliwe wykonanie zamówienia w tym terminie. Izba wzięła przy tym pod uwagę, iż pismem z dnia 21 października 2008 r. zamawiający zwrócił się do autora projektu nr arch. 544 - Architektonicznej Pracowni Autorskiej arch. R i W. Kupść PRO ARTE Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie o opinię „w sprawie możliwości nadbudowy obiektu i adaptacji budynku magazynowego ziemniopłodów na budynek zakwaterowania osadzonych na terenie Aresztu Śledczego w Starogardzie Gdańskim w warunkach 4-miesięcznego cyklu inwestycyjnego”. Uzyskana przez zamawiającego opinia techniczna (datowana na październik 2008 r.) przekazana wraz z pismem z dnia 23 października 2008 r. stwierdza we wnioskach końcowych, że realizacja prac budowlano-instalacyjnych w wyżej wymienionym reżimie terminowym jest możliwa i nie ma przeszkód technologicznych i organizacyjnych, aby roboty powyższe wykonać w 4 miesięcznym cyklu inwestycyjnym. Jednakże w ocenie Izby opinia powyższa nie jest wiarygodna zważywszy, iż stanowisko w niej wyrażone jest wprost sprzeczne z treścią zawartą w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, opracowanej przez to samo biuro projektowe. Przykładem oczywistej sprzeczności jest stwierdzenie na str. 57 w pkt 5.3 wskazujące, że minimalny termin od zakończenia stanu surowego, po upływie którego można przystąpić do wykonywania tynków, wynosi 4 – 6 miesięcy.

W tej sytuacji należało uznać, że okres 4 miesięcy na realizację zamówienia zaoferowany przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński jest niezgodny ze specyfikacją i niewystarczający do wykonania zamówienia zgodnie z załączonymi do siwz specyfikacjami technicznymi, opisującymi przedmiot zamówienia. W tym stanie rzeczy zamawiający powinien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucić ofertę jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto odwołujący zarzucił w odwołaniu, że Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, proponując 4-miesięczny termin wykonania zamówienia utrudnił innym przedsiębiorcom (w tym protestującemu) swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie powyższego terminu wykonania zamówienia podyktowane było w ocenie protestującego chęcią uzyskania maksymalnej ilości punktów za okres wykonania zamówienia, a nie rzeczywistymi możliwościami rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż złożenie oferty przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art.15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego. Tym samym oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zmian kosztorysu ofertowego w stosunku do przedmiarów Izba stwierdziła, że z uwagi na niezgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarami robót:

a) budowlanych - w pozycji 98 kosztorysu ofertowego wykonawca podał ilość na 32,81 m³ (strona 36 oferty), podczas gdy przedmiar określał 65,62 m³ oraz w pozycji 148 kosztorysu ofertowego podał ilość 244,182 mg (strona 43 oferty), gdy wg przedmiaru winno być 0,

b) teletechnicznych - w pozycji 101 kosztorysu ofertowego wykonawca nie uwzględnił współczynnika 2 (strona 81 oferty), który powinien być uwzględniony zgodnie z tą pozycją przedmiarową, natomiast w pozycji 110 kosztorysu ofertowego policzono 130 sztuk (strona 82 oferty), natomiast wg przedmiaru jest 260 sztuk,

treść oferty złożonej przez Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

W § 12 pkt 1 siwz zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, obejmującego przedmiar robót przedstawiony w załączniku nr 3. W piśmie z dnia 26 września 2008 r. zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 15 poinformował,

że wykonawcy samodzielnie nie mogą modyfikować przedmiarów - konsekwencją ich modyfikowania będzie odrzucenie oferty.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, który stwierdził, że skoro we wszystkich złożonych ofertach występują przypadki nieznaczających zmian w obmiarze to w interesie publicznym jest pominięcie powyższych różnic i uznanie, że wprowadzone zmiany nie wpłynęły w znaczącym stopniu na wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż z porównania różnicy kwot będących konsekwencją pomyłek w stosunku do łącznej kwoty każdej z ofert wynika różnica rzędu 0,1 %, co zdaniem zamawiającego ma nieistotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. Według wyliczeń zamawiającego w ofercie Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński w pozycji 101 przedmiaru branży teletechnicznej przyjęto 9 zespołów do uruchomienia zamiast 18 oraz w pozycji 110 przedmiaru branży teletechnicznej przyjęto 130 szt zamiast 260. Różnica w cenie w przypadku pozycji 101 kosztorysu ofertowego branży teletechnicznej wynosi 1 246,79 zł netto tj. 1 521,08 zł brutto oraz w przypadku pozycji 110 kosztorysu ofertowego branży teletechnicznej 1 039,87 zł netto tj. 1 268,64 zł brutto. W ocenie Izby powyższe rozbieżności w ilościach wskazanych w kosztorysie ofertowym mają istotne znaczenie, ponieważ wskazują, iż przedmiot zaoferowany przez wykonawcę nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. za pomocą przedmiarów robót.

W świetle powyższego, wobec potwierdzenia się zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych według stanu prawnego obowiązującego w dniu, w którym zamawiający dokonał oceny ofert.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*