

Sygn. akt: KIO/UZP 1288/08

KIO/UZP 1320/08

WYROK

z dnia 28 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie:

Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **14 listopada 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. MIRBUD S.A., 96-100 Skierniewice, ul. Unii Europejskiej 18 (sygn. akt KIO UZP 1288/08) w dniu 7 listopada 2008 r.;

B. EIFFAGE BUDOWNICTWO MITEX S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa (sygn. akt KIO UZP 1320/08) w dniu 13 listopada 2008 r.,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Gminę Kórnik, 62-035 Kórnik, al. Niepodległości 1** protestów złożonych dn. 24 października 2008 r.;

przy udziale wykonawców:

- **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO UZP 1288/08 i KIO/UZP 1320/08,

- **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1288/08,
- **MIRBUD S.A., 96-100 Skierniewice, ul. Unii Europejskiej 18**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1320/08,
- **Bolesława Spochacza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz”, 63-000 Środa Wielkopolska, Ruszkowo 7a**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1320/08.

orzeka:

1. oddala obydwie odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **MIRBUD S.A., 96-100 Skierniewice, ul. Unii Europejskiej 18;**
 - B** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EIFFAGE BUDOWNICTWO MITEX S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **55 936 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **37 968 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **MIRBUD S.A., 96-100 Skierniewice, ul. Unii Europejskiej 18;**
 - B** kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **EIFFAGE BUDOWNICTWO MITEX S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa.**

Uzasadnienie

W dniu 26.07.2008 r. Gmina Kórnik, Plac Niepodległości 1, 62-035 Kórnik (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa Centrum Rekreacji i Sportu w Kórniku z infrastrukturą towarzyszącą, przy ul. Krasickiego w Kórniku” i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 12 467 359,55 euro.

W dniu 17.10.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez SKANSKA S.A. z siedzibą 00-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęcza 9.

KIO/UZP 1288/08

W dniu 24.10.2008 r. MIRBUD S.A., 96-100 Skierniewice, ul. Unii Europejskiej 18, sklasyfikowany jako drugi w rankingu cenowym ofert (dalej: Odwołujący MIRBUD) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 3.11.2008 r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 7.11.2008 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, odrzucenie oferty Skanska SA, i wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

1. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia Wykonawcy Skanska S.A.: Skanska S.A. powinna zostać wykluczona z postępowania, ponieważ nie wykazała, że zaproponowani przez nią kierownicy robót posiadają uprawnienia wymagane przez SIWZ tzn. nie udokumentowała 5-letniego doświadczenia zawodowego Romana K., Marcina S., Grzegorza S. i Sebastiana S. Braków tych Zamawiający nie może uzupełnić w trybie art.

26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem oferta Skanska S.A. podlega odrzuceniu.

2. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie odrzucił oferty złożonej przez Skanska S.A., mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ w kosztorysie ofertowym Skanska S.A. znajdują się błędy w zakresie ilości, jednostek miar, krotności oraz zmiany wobec zakresu zamówienia (pominięcie pozycji bądź zmiany w ich opisie) w stosunku do wskazanych w przedmiarach.

W ocenie Odwołującego, wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem ryczałtowym (lecz ryczałtowo-ilościowe), a nawet gdyby było ryczałtowe – to błędy w kosztorysie ofertowym są tego rodzaju, że czynią ofertę Skanska S.A. nieporównywalną z innymi ofertami, dlatego powinna być ona odrzucona.

3. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie odrzucił oferty złożonej przez Skanska S.A., mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ w załączonym przez nią do oferty harmonogramie rzeczowo-finansowym zawarte są przekroczenia limitów płatności określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

KIO/UZP 1320/08

W dniu 24.10.2008 r. EIFFAGE BUDOWNICTWO MITEX S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa, sklasyfikowany jako trzeci w rankingu cenowym ofert (dalej: Odwołujący MITEX) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 3.11.2008 r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 12.11.2008 r. nadał za pomocą operatora prywatnego (TNT) odwołanie, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania. Do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wpłynęło w dniu 13.11.2008 r., a więc z zachowaniem 10-dniowego terminu, określonego przez art. 184 ust.2 Prawa zamówień publicznych.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert i odrzucenie oferty Skanska S.A. i MIRBUD S.A.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

1. Oferty Skanska S.A. i MIRBUD S.A. powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ ich treść nie odpowiada treści SIWZ, jako że załączone do ofert kosztorysy ofertowe nie odpowiadają przedmiarom załączonym do SIWZ bądź nie uwzględniono w nich modyfikacji SIWZ.

2. Oferta MIRBUD S.A. jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, i jako taka powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie została złożona w całości w formie pisemnej, bowiem załączone do oferty kosztorysy nie są podpisane na każdej stronie.

Zamawiający oba protestu oddalił, wskazując, że nie ma podstaw do kwestionowania sposobu obliczenia ceny (kosztorysów ofertowych), bowiem w SIWZ wskazano, że cena jest ceną ryczałtową, a kosztorysy mają tylko charakter pomocniczy. Zamawiający nie dopatrył się podstaw do wykluczenia Skanska S.A. z postępowania, bowiem w jego ocenie z załączonych przez nią do oferty dokumentów wynika, że spełnia ona warunki udziału w postępowaniu. W zakresie zarzutu dotyczącego harmonogramu złożonego wraz z ofertą Skanska S.A., Zamawiający uznał, że oferta tego wykonawcy nie jest sprzeczna z SIWZ, ponieważ wykonawca złożył oświadczenie, że akceptuje warunki płatności określone przez Zamawiającego.

Do postępowań odwoławczych skutecznie przystąpili następujący wykonawcy:

- **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO UZP 1288/08 i KIO/UZP 1320/08,
- **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1288/08,
- **MIRBUD S.A., 96-100 Skierniewice, ul. Unii Europejskiej 18**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1320/08,
- **Bolesława Spochacza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz”, 63-000 Środa Wielkopolska, Ruszkowo 7a**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1320/08.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

I. Izba na wstępie odniosła się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, który został podniesiony w obu odwołaniach, bowiem Odwołujący Mirbud z zasadności tego zarzutu wywodził, że nie można wezwać wykonawcy Skanska S.A. do ewentualnego uzupełnienia dokumentów (Odwołujący kwestionował wykazanie przez Skanska S.A. iż dysponuje osobami posiadającymi uprawnienia w zakresie, jakie były wymagane przez SIWZ) w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, podniesiony w obu odwołaniach, wskazujący na niezgodność treści złożonych ofert (załączonych do nich kosztorysów ofertowych) z treścią SIWZ, Izba uznała za nieuzasadniony.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. Zamawiający w SIWZ określił w sposób jednoznaczny, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy (i cena ofertowa) jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Równocześnie wskazał, że przedmiary (a więc również kosztorysy ofertowe) będą miały charakter wyłącznie pomocniczy.

Powyższe stanowisko potwierdzają postanowienia SIWZ na stronie 9 (pkt 10 SIWZ zatytułowany „Opis obliczenia ceny oferty”): „Należy podać cenę ryczałtową (cena określona na cały przedmiot zamówienia). Przedmiary robót załączone do SIWZ stanowią element pomocniczy do przygotowania oferty. Podstawą do wykonania oferty jest SIWZ oraz dokumentacje techniczne. Do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z projektem budowlanym załączonym do SIWZ. Kosztorys ofertowy należy podzielić na branże analogicznie jak przedmiary robót załączone do SIWZ. Wartość robót budowlanych należy określić na podstawie kalkulacji szczegółowej sporządzonej na podstawie projektu budowlanego z projektami branżowymi, przedmiaru robot, wizji lokalnej wraz z podaniem danych wyjściowych do kosztorysowania tj.: stawki roboczogodziny kosztorysowej, wskaźnika kosztów pośrednich, wskaźnika kosztów zakupu, wskaźnika zysku, podatku VAT. Pozycje dla których nie zostaną określone ceny jednostkowe uważać się będzie, że zostały ujęte w wartości całkowitej przedmiotu zamówienia podanej w ofercie.”

Konsekwencją postanowień SIWZ odnośnie sposobu obliczenia ceny, były postanowienia wzoru umowy – i tak, zgodnie z § 7 ust 3 i 4 wzoru umowy, „(...) wynagrodzenie ryczałtowane obejmuje wszelkie koszty, związane z realizacją dzieła budowlanego, włącznie z własnymi kosztami GW, jak również jego podwykonawców, wynikające ze świadczeń opisanych w § 5 i obowiązków określonych w § 2-4. Wynagrodzenie ryczałtowane określone w ust. 1 jest wynagrodzeniem niezmiennym przez cały okres realizacji Inwestycji. W wynagrodzeniu zawarte są również wszelkie koszty robót i materiałów budowlanych niewyspecyfikowanych w dokumentacji przetargowej, niezbędnych dla wykonania całości Prac

budowlanych objętych niniejszą Umową, wynikających z wymogów sztuki budowlanej i przepisów obowiązującego Prawa budowlanego.” W § 5 określono zakres świadczenia wykonawcy, przy czym nie wszystkie elementy wymienione tamże miały pokrycie w odpowiednich pozycjach przedmiarowych.

Od momentu opublikowania SIWZ do otwarcia ofert składano wiele pytań do SIWZ, dokumentacji projektowej oraz przedmiarów. Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców udzielał skrupulatnych wskazówek, w jaki sposób należy przygotować kosztorysy ofertowe – były to zarówno wskazówki o charakterze ogólnym (kosztorys należy sporządzić metodą kalkulacji szczegółowej), jak i o charakterze bardzo drobiazgowym – odnośnie opisów poszczególnych pozycji, ilości czy krotności. Stopień szczegółowości odpowiedzi Zamawiającego był adekwatny do szczegółowości kierowanych do niego pytań. Izba nie stwierdziła, aby odpowiedzi Zamawiającego (stanowiące modyfikację SIWZ) w jakikolwiek sposób zmieniły jego pierwotne oświadczenie o charakterze wynagrodzenia. Przeciwnie, Zamawiający konsekwentnie podtrzymywał (również na rozprawie), że kosztorysy ofertowe będą miały wyłącznie charakter pomocniczy. Nawet Odwołujący Mirbud podniósł w trakcie rozprawy, że wykładnia postanowień SIWZ (odnośnie pkt. 10 SIWZ i § 5 wzoru umowy) dokonywana przez Zamawiającego (również w trakcie rozprawy) powinna być uznana za wykładnię autentyczną, w konsekwencji – jako zgodna z wykładnią językową postanowień SIWZ – nie może być zakwestionowana przez Izbę.

Ponadto z pism złożonych w postępowaniu odwoławczym, a także na rozprawie, ze stanowisk uczestników postępowania wynikało, iż zaistniały rozbieżności w rozumieniu udzielonych odpowiedzi, przy czym każdy z wykonawców twierdził, że to on zrozumiał odpowiedź Zamawiającego prawidłowo. Niesporna natomiast była okoliczność, że przy niektórych pozycjach kosztorysu Zamawiający nie określił wyraźnie ilości, które należy przyjąć do wyliczeń, lecz zostawił dowolność wykonawcom.

Zamawiający musiał sobie zdawać sprawę z niedoskonałości przedmiarów – stąd wybór charakteru wynagrodzenia jako wynagrodzenia ryczałtowego. Równocześnie należy zauważyć, że biorąc pod uwagę skalę przedsięwzięcia, wykonawcy wycenili całość przedmiotu zamówienia na podobnym poziomie, dlatego nie może być kwestionowane, iż – w danych okolicznościach przedmiot zamówienia został określony z należytą starannością i rzetelnie.

Przy wynagrodzeniu ryczałtowym ryzyko ewentualnego błędnego czy niedostatecznego obliczenia ceny przerzucone jest na wykonawcę. Co prawda, brak definicji legalnej „wynagrodzenia ryczałtowego”, ale przyjmuje się, że ryczałtowe to takie wynagrodzenie, które obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia; Zamawiający zamieścił

w SIWZ opis sposobu obliczenia ceny zgodny z powszechnym rozumieniem definicji „ryczałtu”.

Ewentualne nieścisłości w sporządzeniu kosztorysów ofertowych nie będą miały wpływu ani na wysokość wynagrodzenia, ani na zakres przedmiotu zamówienia – zgodnie z art. 649 Kodeksu cywilnego, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy, jest to domniemane rozszerzenie (rozwińcie) obowiązków wykonawcy (wyrok SN z dnia 17 maja 2000 r., I CKN 728/98); zatem nie było podstaw do odrzucenia ofert Skanska S.A. i MIRBUD ze względu na fakt, że niezgodność kosztorysów ofertowych z przedmiarami.

Reasumując powyższe ustalenia, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (KIO/UZP 1288/08, KIO/UZP 1320/08).

Ponadto Izba nie dopatrzyła się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jak zarzucił Odwołujący MIRBUD Zamawiającemu. Izba nie stwierdziła, aby którakolwiek z zakwestionowanych przez Odwołującego ofert była niezgodna z ustawą, zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał (nawet nie wskazał) podstaw do takiej ewentualnej niezgodności.

II. Odwołujący Mirbud zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia Wykonawcy Skanska S.A. (KIO/UZP 1288/08). Według Odwołującego, Skanska S.A. powinna zostać wykluczona z postępowania, ponieważ nie wykazała, że zaproponowani przez nią kierownicy robót posiadają uprawnienia wymagane przez SIWZ tzn. nie udokumentowała 5-letniego doświadczenia zawodowego Romana K., Marcina S., Grzegorza S. i Sebastiana S.

Izba uznała zarzut ten za nieuzasadniony

Odwołujący zakwestionował jeden aspekt spełnienia wymogu w zakresie uprawnień przez zaproponowanych przez Skanska S.A. kierowników robót we wszystkich branżach – a mianowicie posiadania wymaganego okresu 5-letniego doświadczenia. Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie wymagał jedynie posiadania uprawnień przez określony czas, który miałby upłynąć od daty ich wydania, ale wymagał udokumentowania okresu trwania tego doświadczenia. Odwołujący wskazywał, że po uzyskaniu uprawnień dana osoba wcale nie musiała praktykować w zawodzie, zatem zasadne było oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawcy wykażą za pomocą dokumentów fakt posiadania 5-letniego doświadczenia rozumianego jako „praktykę”.

Jednak Izba w tym zakresie nie podzieliła argumentów Odwołującego.

Zgodnie z cz. I pkt 2, str. 3 SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni wykazać, iż „dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w tym w szczególności pracownikami posiadającymi uprawnienia budowlane wymagane przepisami ustawy – Prawo Budowlane oraz spełniających wymagania ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów tj.: kierownik budowy posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, przynależący do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, wymagane doświadczenie zawodowe jako kierownik budowy minimum 5 lat liczone od momentu uzyskania uprawnień budowlanych, wymagane udokumentowanie kierowanie budową minimum jednego obiektu sportowego o kubaturze min. 10.000 m³; (...)”

Analogicznie określono wymogi dla pozostałych branż.

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia z podaniem informacji w szczególności na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do CZĘŚCI I SIWZ, a także załączyć dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień i aktualnych wpisów do właściwych izb samorządowych.

Z postanowień SIWZ wynikało zatem, że aby wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, należało przedłożyć:

- 1) dokumenty potwierdzające uprawnienia w każdej z wymaganych branż, wydane nie później, niż 5-lat wstecz – jako potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy/robót minimum 5 lat liczone od momentu uzyskania uprawnień budowlanych,
- 2) dokumenty poświadczające udział przy realizacji określonych obiektów – jako potwierdzenie wymaganego kierowania określoną budową/robotami.

Zamawiający wymagał bowiem wyłącznie określonego czasu posiadania uprawnień i doświadczenia polegającego na kierowaniu budową/robotami (cz. I pkt 2, str. 3 SIWZ).

Takie dokumenty zostały przedłożone przez Skanska SA (strona 60-70 oferty Skanska SA). Wobec powyższego nie ma podstaw, aby kwestionować wykazanie się przez Skanska SA dysponowaniem osobami posiadającymi uprawnienia wymagane przez Zamawiającego. Z SIWZ nie wynika bowiem, aby Zamawiający oczekiwał udokumentowania w jakikolwiek sposób doświadczenia, poza przedłożeniem uprawnień oraz dokumentów, iż osoby zaproponowane jako kierownicy robót w poszczególnych branżach pełnili określone funkcje

przy realizacji obiektów uznanych przez Zamawiającego za odpowiadające przedmiotowi zamówienia w zakresie każdej z branż.

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia Wykonawcy Skanska S.A. (KIO/UZP 1288/08).

III. Odwołujący Mirbud zarzucił, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie odrzucił oferty złożonej przez Skanska S.A., mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ w załączonym przez nią do oferty harmonogramie rzeczowo-finansowym zawarte są przekroczenia limitów płatności określonych przez Zamawiającego w SIWZ (KIO/UZP 1288/08).

Izba ustaliła, że w SIWZ zawarto następujące postanowienia odnośnie harmonogramu rzeczowo finansowego i planu płatności: „Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wraz z dokumentami ofertowymi harmonogram rzeczowo-finansowy wykonania robót. Harmonogram powinien określać:

- 1) zakres i wielkość przewidzianych do wykonania w danym miesiącu robót, w kolejności ich wykonywania;
- 2) wartość elementów scalonych robót, mających być przedmiotem protokołów wykonania częściowego;
- 3) kolejność i daty wszelkich prób.

Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wraz z dokumentami ofertowymi szczegółowy plan płatności miesięcznych obejmujący wszelkie należności wykonawcy zgodnie z ofertą (rozbicie ceny ofertowej na przewidywane płatności miesięczne) z uwzględnieniem limitów płatności w danych latach realizacji inwestycji określonych we wzorze umowy zawartym w CZĘŚCI II SWIZ”. (strona 7, rozdział „Wymagania techniczne i jakościowe”, w którym zawarto ogólne wskazówki odnośnie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia).

W oparciu o powyższe ustalenia, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, postanowienia SIWZ w zakresie odnoszącym się do harmonogramu w ocenie Izby nie mają charakteru stanowczego – znalazły się w części SIWZ dotyczącej wymagań technicznych, co wskazuje, że Zamawiający traktuje harmonogram jako dokument składany „wraz z dokumentami ofertowymi”, a więc niejako – obok oferty (mimo iż został wymieniony wśród dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą – str. 11 SIWZ). Wobec tego, gdyby nawet wykonawcy nie złożyli takiego dokumentu w ogóle, trudno byłoby uargumentować odrzucenie z tego powodu oferty. Oczywiście, przedłożony harmonogram – jeżeli już został

załączony do oferty - powinien uwzględniać limity płatności z góry narzucone przez Zmawiającego, jednak charakter tych limitów jest bezwzględny (nie było to kwestionowane przez Strony), dlatego ewentualne uchybienia związane z przekroczeniem limitów w harmonogramie złożonym wraz z ofertą przez Skanska S.A (strona 71-74 oferty, w aktach sprawy) nie mogą skutkować odrzuceniem oferty – wobec bezwzględnych limitów określonych przez Zamawiającego, harmonogram nie stanowił w sensie ścisłym treści oferty wykonawcy. Z postanowień SIWZ dotyczących przedłożenia harmonogramu wynika, że określone przez Zamawiającego limity płatności były nienegocjowalne, a Zamawiający oczekiwał wyłącznie orientacyjnego wskazania zakresu rzeczowego do miesięcznej realizacji i wynikających z niego płatności – plan płatności (mógł być złożony jako osobny dokument bądź łącznie z harmonogramem rzeczowym) miał zawierać „rozbicie ceny ofertowej na przewidywane płatności miesięczne”. Zamawiający wymagał, aby w formularzu ofertowym, na pierwszej stronie, w pkt. 4, wykonawcy, zgodnie ze wzorem zamieszczonym w SIWZ, złożyli oświadczenie o treści „Akceptujemy warunki płatności zgodnie z wymogami, określonymi we wzorze umowy” – Skanska S.A. również złożyła takie oświadczenie (strona pierwsza oferty, w aktach sprawy). Okoliczność ta potwierdza stanowisko o bezwzględności limitów płatności określonych przez Zamawiającego.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych za niezasadniony.

IV. Odwołujący Mitex podniósł zarzut, opierający się na stwierdzeniu, iż oferta MIRBUD S.A. jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, i jako taka powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie została złożona w całości w formie pisemnej, bowiem załączone do oferty kosztorysy nie są podpisane na każdej stronie (KIO/UZP 1320/08). Zarzut ten Izba uznała za niezasadniony.

Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował autentyczności złożonych przez MIRBUD S.A. dokumentów, a jedynie sposób podpisania (wg Odwołującego podpis powinien być na każdej stronie). Odwołujący nie opisał szczegółowo swoich zastrzeżeń w tym zakresie. Izba stwierdziła, na podstawie wrywkowego (wobec obszerności dokumentacji) sprawdzenia przedłożonych przez Zamawiającego kopii dokumentacji (np. tom IV oferty Mirbud, „Kosztorysy branża sanitarna”), że na stronach tytułowych kosztorysów rzeczywiście zamieszczono wyłącznie pieczętkę firmową, a brak podpisu czy parafy.

Zgodnie z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Kosztorys ofertowy w okolicznościach niniejszej sprawy trudno traktować jako osobne oświadczenie woli, ale tym bardziej w ocenie Izby nie ma przeszkód, aby przywołany przepis stosować per analogiam – za wystarczający może być uznany sam

podpis pod formularzem ofertowym; kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczego załącznika.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Nie potwierdził się również podnoszony przez Odwołującego Mirbud zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych (KIO/UZP 1288/08). W ocenie Izby z czynności podjętych przez Zamawiającego nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

Na podstawie § 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 1288/08 i KIO/UZP 1320/08 wydano wyrok łączny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....