

Sygn. akt **KIO/UZP 1149/08**
 KIO/UZP 1150/08

WYROK/POSTANOWIENIE*
z dnia 7 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**
Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
 Renata Tubisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **4 listopada 2008r.**, w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28 października 2008r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „BUDMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu ul. Magazynowa 2**
- B. Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Łososina Dolna w Łososinie Dolnej 300** protestów:

- A Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego „BUDMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu ul. Magazynowa 2 z dnia 22 września 2008r.**
- B Zakładu Ogólnobudowlanego Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136 z dnia 22 września 2008r.**

Przy udziale **Zakładu Ogólnobudowlanego Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **xxx** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołujących Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego „BUDMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu ul. Magazynowa 2 i Zakładu Ogólnobudowlanego Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136 i odrzucenie oferty „WIKAR” Przedsiębiorstwa Budowlano Transportowego Sp. z o.o z siedzibą w Łososinie Dolnej

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Łososina Dolna w Łososinie Dolnej 300**

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 **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „BUDMEX” Sp. z o.o z siedzibą w Nowym Sączu ul. Magazynowa 2**
 - B** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Gminę Łososina Dolna w Łososinie Dolnej 300** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego „BUDMEX” Sp. z o.o z siedzibą w Nowym Sączu ul. Magazynowa 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu
 - B** kwoty **5 632 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Gminę Łososina Dolna w Łososinie Dolnej 300** na rzecz **Zakładu Ogólnobudowlanego Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu i zastępstwa przez pełnomocnika

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie:.xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 00 gr (słownie:xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 00 gr (słownie:xxx) przez **xxx**
- 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 odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 18 968 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego „BUDMEX” Sp. z o.o z siedzibą w Nowym Sączu ul. Magazynowa 2**
 - B** kwoty 18 968 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Zakładu Ogólnobudowlanego Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku wielofunkcyjnego w Łososinie Dolnej – stan otwarty surowy zostało wszczęte przez Zamawiającego - Gminę Łososina Dolna w Łososinie Dolnej 300 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 sierpnia 2008r. za numerem 187561/2008.

W dniu 16 września 2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano Transportowe Sp. z o.o z siedzibą w Łososinie Dolnej 108. Pozostałe oferty Zamawiający odrzucił w tym :

1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „BUDMEX” Sp. z o.o z siedzibą w Nowym Sączu ul. Magazynowa 2, gdyż według Zamawiającego, oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r - Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2007r Nr.223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058- w skrócie ustawa) i zostaje odrzucona na podstawie art.86 ust. 1 pkt.6 ustawy. Zamawiający stwierdził następujący błąd w poz. 92 – dokonane obliczenie wartości pozycji kosztorysowej nie odpowiada przyjętemu przez Zamawiającego rodzaju materiału jakim winna być „membrana trójwarstwowa o paroprzepuszczalności > 800 g/m2/dobę i Sd < 0,03 m” (pismo z dnia 29.08.2008 roku).

2. Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136, gdyż według Zamawiającego treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), bo Zamawiający w załączonym do siwz Projekcie Umowy (Załącznik nr 8) w § 7 pkt. 2 podał warunek: „Faktura końcowa będzie płatna w terminie do 28.02.2011r”, czyli płatność powinna nastąpić w terminie 70 dni, a w ofercie w „FORMULARZU OFERTOWYM WYKONAWCY W TRYBIE PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO” Załącznik nr 1 wykonawca określił : „Termin płatności : faktura końcowa 69 dni”.

W dniu 22 września 2008r. od tej czynności wniósł protest Odwołujący nr 1 - Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „BUDMEX” Sp. z o.o z siedzibą w Nowym Sączu ul. Magazynowa 2 zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że jego oferta zawiera błędy rachunkowe oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 10 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, mimo tego, że nie spełnia on warunku zatrudnienia w poszczególnych latach 2005, 2006 i 2007, co najmniej 20 pracowników, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 91 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej mimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz w zakresie terminu rozpoczęcia i zakończenia robót będących przedmiotem przetargu, a także art. 7 ust. 1 i 3 poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący nr 1 wniósł o ponowne dokonanie oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego nr 1, wykluczenie wykonawcy wybranego i ewentualnie odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego nr 1 jako najkorzystniejszej i udzielenie jej zamówienia. W uzasadnieniu Odwołujący nr 1 podniósł, że Zamawiający pismem z 29 sierpnia 2008r. uszczegółowił poz. 92 przedmiaru robót o nazwie „ułożenie na krokwiach ekranu zabezpieczającego z folii” o wskazanie, że oczekuje wykonania membrany trójwarstwowej $>800\text{g/m}^2/\text{dobę}$ i $\text{SD} <0,03$ m. Odwołujący nr 1 podkreślił, że folie wysokoparoprzepuszczalne SA nazywane membranami, a Odwołujący nr 1 w kosztorysie zawarł zapis folia trójwarstwowa o paroprzepuszczalności $>800\text{g/m}^2/\text{dobę}$ i $\text{SD} <0,03$ m, co jest synonimem pojęcia użytego przez Zamawiającego, a cena zaoferowana przez Odwołującego nr 1 jest taką samą ceną, jak użyta przez wykonawcę wybranego, a zatem nie zachodzi omyłka rachunkowa czy pisarska. Odnośnie oferty wykonawcy wybranego Odwołujący nr 1 podniósł, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się zatrudnieniem w poszczególnych latach 2005, 2006 i 2007, w ilości co najmniej 20 pracowników. Wykonawca wybrany w 2005r. zatrudniał w każdym miesiącu mniej niż 20 pracowników, a tym samym nie spełnił warunku postawionego przez Zamawiającego i powinien być wykluczony z postępowania, czego Zamawiający zaniechał. Ponadto Zamawiający wymagał, aby wykonanie zamówienia rozpoczęło się w dniu 20 października 2008r., a zakończyło w dniu 20 grudnia 2010r., co miał potwierdzać załączony do oferty planowany harmonogram realizacji zadania. Wykonawca wybrany w dopiero I kwartale

2009r. w harmonogramie przewidział rozpoczęcie robót, a zakończenie zaplanował na I kwartał 2011r., tj. po terminie wymaganym przez Zamawiającego, co jest sprzeczne z treścią siwz.

W dniu 22 września 2008r. wniósł protest Odwołujący nr 2 - Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej 136 zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy wybranego, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu, a sam wykonawca wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego nr 2 pomimo tego, że jej treść jest zgodna z treścią siwz. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego nr 2 oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego nr 2 jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu protestu Odwołujący nr 2 wskazał, że wykonawca wybrany nie zastosował się do żądania Zamawiającego zachowania zgodności kosztorysu ofertowego w opisie, obmiarze i jednostce obmiaru z przedmiarem i do zakazu modyfikacji przedmiaru robót oraz stosowania dodatkowych współczynników i upustów. Wskazał, że wykonawca wybrany w poz. 23, 46, 64 nie zastosował w przedmiarze materiału – elementu przewodu spalinowego Rondo Plus, w poz. 62 zamiast cegły klinkierowej zastosował cegłę zwykłą, w poz. 91 zamiast siatki zgrzewanej o średnicy 3 mm zastosował siatkę rabbita, w poz. 114 dokonał modyfikacji siwz nie stosując współczynnika 1,2, a nadto jego oferta jest niezgodna z treścią siwz w zakresie terminu rozpoczęcia i zakończenia robót. Na potwierdzenie swego stanowiska przywołał poglądy doktryny, zespołów arbitrów oraz KIO wskazując, że nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym przedłożony kosztorys powinien być zgodny z przedmiarem i siwz, gdyż służy do oceny przez Zamawiającego czy parametry oferowanego przedmiotu zamówienia spełniają oczekiwania Zamawiającego. Odwołujący podniósł także, że wykonawca wybrany powinien być wykluczony z postępowania, gdyż nie spełnia wymogu zatrudnienia w poszczególnych latach 2005, 2006 i 2007, w ilości co najmniej 20 pracowników. Dane podane w oświadczeniu o przeciętnej liczbie zatrudnionych pracowników są sprzeczne z przedłożonymi przez wykonawcę wybranego drukami DRA, ponadto wykonawca wybrany powstał jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w 2007r. z połączenie dwóch przedsiębiorstw jednoosobowych, co nie stanowi połączenia w rozumieniu ksh i z tego powodu łączne rozpatrywanie liczby ubezpieczonych jest niemożliwe. Odnośnie własnej oferty Odwołujący nr 2 wskazał, że jest ona zgodna z siwz, gdyż zgodnie z § 7 ust. 2 projektu umowy, faktura końcowa miała być płatna do 28 lutego 2011r., a Zamawiający twierdzi, że od zakończenia robót 20 grudnia 2010r., okres ten stanowi 70 dni. Odwołujący nr 2 podniósł, że nie jest w stanie w dniu odbioru końcowego – 20.12.2010r. wystawić faktury VAT, termin zapłaty wynika z umowy, którą Odwołujący nr 2 zaakceptował przez parafowanie, podane w formularzu ofertowym 69 dni wynika z terminu, w którym Odwołujący

nr 2 planuje wystawić fakturę, tj. w terminie 7 dni od momentu odbioru. Odwołujący nr 2 podniósł, że w siwz nie wskazano daty, w której ma nastąpić wystawienie faktury końcowej, a skoro tak to Odwołujący nr 2 nie może ponosić negatywnych konsekwencji w związku z postanowieniami siwz, które budzą wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający w siwz wskazał jedynie, że dniem terminu płatności będzie 28 lutego 2011r., a nie wskazał, określonego w dniach terminu płatności wynoszącego 70 dni, nie mógł zatem wymagać, aby wykonawcy taki termin spełniali. Na poparcie swojego twierdzenia Odwołujący przytoczył orzecznictwo zespołów arbitrów oraz stanowisko doktryny.

W dniu 1 października 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest Odwołującego nr 1 i oddalił go w całości uznając, że prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego nr 1, gdyż wbrew twierdzeniom Odwołującego treść pozycji kosztorysowej nie odpowiadała żądaniom Zamawiającego, a nadto zaproponowany materiał – folia, jest materiałem o gorszych parametrach niż membrana. Doprecyzowanie parametrów przedmiotu zamówienia dokonane przez Zamawiającego w przedmiarach i dokumentacji miało zapewnić mu wykonanie zadania dla przyjętych warunków technologicznych zgodnie z warunkami zamówienia i o wysokich wymaganych parametrach technicznych. Złożone oświadczenie o przyjęciu warunków przetargowych mija się z prawdą, bo treść kosztorysu ofertowego przeczy wymogom Zamawiającego określonym w siwz. W zakresie niespełnienia przez wykonawcę wybranego warunku zatrudnienia w kolejnych 3 latach co najmniej 20 pracowników, Zamawiający wskazał, że wykonawca wybrany powstał z połączenia dwóch firm – jednoosobowych działalności gospodarczych. Z treści art. 55¹ kc wynika, że przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych, a czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba, że co innego wynika z treści tej czynności lub przepisów szczególnych – art. 55²kc. Z tych przepisów, według Zamawiającego, należy przyjąć domniemanie, że pracownicy przedsiębiorstw jednoosobowych przeszli na spółkę nowopowstałą i ta jako następcą prawny ma prawo legitymować się poziomem zatrudnienia wykazywanym przez obie te firmy łącznie przed połączeniem. Odnośnie wadliwego sporządzenia harmonogramu realizacji zadania przez wykonawcę wybranego i naruszenie terminów rozpoczęcia i zakończenia robót, Zamawiający wskazał, że jedną gwiazdką była oznaczona pozycja, w której należało przedstawić realizację graficznie, a w dwie gwiazdki – realizację przedstawioną wartościowo i z tych względów harmonogram wykonawcy wybranego odpowiada wymogom siwz, a terminy rozpoczęcia i zakończenia robót są ściśle przez Zamawiającego określone w § 4 projektu umowy i w formularzu ofertowym wykonawcy.

W dniu 1 października 2008r. Zamawiający rozstrzygnął także protest Odwołującego nr 2, również oddalając go w całości. Zamawiający wskazał, że liczba dni liczona od terminu

zakończenia robót tj. 20.12.2010r., a więc pierwszego dnia możliwości skutecznego wystawienia faktury końcowej do ostatecznego terminu płatności faktury końcowej tj. 28.02.2011r. wynosi 70 dni i taka liczba powinna być podana w formularzu ofertowym, a u Odwołującego podano 69 dni, co oznaczałoby, że Zamawiający musi zapłacić fakturę końcową w dniu 27.02.2011r., co jest sprzeczne z treścią siwz. Odnośnie oferty wybranej Zamawiający wskazał, że wykonawca wybrany w formularzu ofertowym podał termin zakończenia robót na dzień 20 grudnia 2010r., co jest zgodne z § 4 projektu umowy. Odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego w zakresie nie spełniania warunku zatrudnienia w poszczególnych latach 2005, 2006 i 2007, w ilości co najmniej 20 pracowników, to Zamawiający podał analogiczną argumentację, jak dla Odwołującego nr 1. Co do błędów w kosztorysie, to Zamawiający wskazał, że poz. 23, 46, 62, 64 oraz 91 są w swym literalnym zapisie jednobrzmiące z przedmiarem robót, stąd brak jest podstaw do odrzucenia oferty, a Zamawiający dopuszczał różne metody wyceny wartości oferowanych robót. Podanie w zestawieniu materiałów dla danej pozycji kosztorysowej ogólnego zapisu nazwy materiału nie ma wpływu na cenę i możliwość przyszłej egzekucji żądanego zakresie rzeczowego zamówienia, o ile opis pozycji kosztorysu jest zgodny z przedmiarem dostarczonym przez Zamawiającego, a główna treść opisu wymaganych robót u wykonawcy wybranego jest zgodna z siwz i odpowiada wymogom Zamawiającego.

Odwołujący nr 1 wniósł odwołanie w dniu 5 października 2008r. podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert. W uzasadnieniu Odwołujący nr 1 uzupełniając argumentację protestu podniósł, że Zamawiający udzielając odpowiedzi w dniu 29 sierpnia 2008r. w zakresie poz. 92 doprecyzował jedynie parametry techniczne folii nie nakazując zmiany treści opisu robót, tak jak to zrobił dla poz. nr 63. Zamawiający zgodnie z rozdziałem XVI siwz zakazał modyfikacji przedmiaru i przyjął zasadę zgodności kosztorysu, co do opisu, obmiaru oraz jednostki obmiaru z przedmiarem, ale nie wymagał szczegółowego opisu poszczególnych materiałów. Ta zasada dopuszczała korzystanie z różnych metod wyceny, co Zamawiający zaakceptował w odniesieniu do wykonawcy wybranego w poz. 23, 46, 62, 64, 91. Odwołujący nr 1 podkreślił, że nie zaoferował materiału gorszej jakości. Ponadto podniósł, że cena zamówienia jest ceną ryczałtową, o czym świadczy § 16 umowy oraz rozdział XVI siwz, zatem kosztorysy miały jedynie znaczenie pomocnicze przy określaniu ceny. W tej sytuacji Zamawiający obowiązany był zastosować art. 88 pkt 3 ustawy przyjmując podaną cenę za prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący nr 1 przywołał orzecznictwo zespołów arbitrów, sądów okręgowych oraz KIO. Odnośnie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego Odwołujący nr 1 przywołał art. 23¹kp i stwierdził, że wykonawca wybrany dopiero z chwilą przejęcia pracowników przedsiębiorstw jednoosobowych stał się pracodawcą dla pracowników, w wcześniej pracodawcami byli

jednoosobowi przedsiębiorcy, z tego należy wniesć, że w okresie poprzedzającym rejestrację spółki z o.o. stan zatrudnienia w każdym miesiącu był mniejszy niż 20 osób. W zakresie podstaw odrzucenia oferty wykonawcy wybranego Odwołujący nr 1 podniósł, że w § 4 umowy przywołanym przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu jest mowa o realizacji zamówienia, a nie o jego finansowaniu, do czego odnosi się § 7 ust. 3 umowy, tym samym z treści harmonogramu wykonawcy wybranego wynika, że zamierza on zakończyć realizację inwestycji w 2011r., co jest sprzeczne z treścią siwz.

W dniu 6 października 2008r. Odwołujący nr 2 wniósł odwołanie i podtrzymał wszystkie zarzuty zgłoszone w proteście oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego nr 2 oraz dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego nr 2 jako najkorzystniejszej. Podtrzymując argumentację zawartą w proteście Odwołujący nr 2 podniósł dodatkowo, że harmonogram planowanej realizacji złożony przez wykonawcę wybranego przewiduje rozpoczęcie realizacji w I kwartale 2009r., a zakończenie w I kwartale 2011r., co jest sprzeczne z siwz, a Zamawiający nie może dochodzić intencji wykonawcy. Podtrzymując argumenty odnośnie niezgodności poszczególnych pozycji kosztorysowych podniósł, że cena cegły klinkierowej jest o 200% wyższa od cegły zwykłej, a więc oferty poszczególnych wykonawców są w tym zakresie nieporównywalne. Wskazał, że Zamawiający nie rozróżnił w siwz części głównej i pobocznej opisu pozycji przedmiarowej, a zmiany wprowadzone przez wykonawcę wybranego dotyczą materiałów i robocizny i mają istotny wpływ na cenę. Odwołujący nr 2 wskazał, że gdyby wiedział, że Zamawiający zezwala na zaoferowanie materiałów najtańszych, to sam by takie zaoferował w swojej ofercie. Co do zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego podniósł, że ksh nie przewiduje sposobu łączenia się przedsiębiorców jednoosobowych w spółkę z o.o., a tylko wtedy doszłoby do sukcesji pracowników i możliwe byłoby łączne rozpatrywanie liczby ubezpieczonych pracowników. Wykonawca wybrany powstał dwa lata temu i nie spełnia warunku posiadania 20 pracowników w latach 2005 i 2006. Odnośnie terminu płatności faktury końcowej Odwołujący nr 2 podniósł, że z żadnego zapisu siwz nie wynikało, że termin płatności ma upływać w 70 dni od daty odbioru końcowego. Również z treści siwz nie wynika, że Odwołujący nr 2 miał wystawić fakturę w dniu odbioru końcowego, tym samym wymóg Zamawiającego, by w formularzu ofertowym Odwołujący wpisał „faktura końcowa : 70 dni” nie znajduje oparcia w postanowieniach siwz. Istotne jest natomiast to, że Odwołujący nr 2 nie kwestionuje faktu, że termin płatności upłynie w dniu 28 lutego 2011r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

W rozdziale VII Zamawiający określił termin wykonania zamówienia jako wymagany wskazując jako rozpoczęcie datę 20.10.2008r., a zakończenie 20.12.2010r.

Zamawiający w rozdziale VIII. Pkt. 1.1 tiret 3 siwz wymagał wykazania się przez wykonawców dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia czyli zatrudnieniem w ostatnich 3 latach tj. 2005, 2006, 2007 minimum 20 osób (miesięcznie), za które płacone były składki ZUS – potwierdzone drukami DRA za każdy miesiąc – Druki DRA należało dołączyć do składanej oferty. Warunek ten musiał spełniać jeden wykonawca.

W rozdziale IX pkt 4.1. tiret 1 na potwierdzenie spełniania warunku wykonawcy mieli złożyć następujący dokument – informację na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników oraz liczebności personelu kierowniczego, w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 1 tiret 11 dokumentem wymaganym był szczegółowy kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonego do siwz przedmiaru robót. W pkt XVI siwz Zamawiający wymagał, aby cena uwzględniała wszystkie zobowiązania, była podana w PLN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT – jeżeli występuje. Cena miała obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia i mogła być tylko jedna oraz nie ulegała zmianie przez okres ważności oferty (związania). Nadto wykonawca miał wycenić ofertę na podstawie załączonego przedmiaru i projektu budowlanego. Zamawiający zakładając, że wykonawcy mogą korzystać z różnych programów kosztorysowych, przyjął zasadę, że kosztorys ofertowy musi być zgodny w opisie, obmiarze i jednostce obmiaru z dostarczonym przez Zamawiającego przedmiarem. Zamawiający zakazał modyfikacji przedmiaru i stosowania dodatkowych współczynników i upustów. Jedynym kryterium oceny ofert była cena – rozdział XVIII pkt 1 siwz. W załączniku nr 1 – formularzu ofertowym wykonawcy mieli oświadczyć „termin płatności : faktura częściowa dni, faktura końcowadni” oraz, że zobowiązują się wykonać zamówienie do dnia W załączniku nr 2 – formularzu wyceny ofert Zamawiający zawarł zastrzeżenie „Oświadczam, że wyliczona wyżej wartość stanowi cenę ryczałtową, zawiera wszystkie niezbędne do poniesienia koszty, nakłady dla wykonania robót będących przedmiotem zamówienia”. Załącznik nr 3 zawierał oświadczenie o spełnieniu warunków przetargowych. Załącznik nr 8 do siwz stanowił projekt umowy. W § 4 projektu wskazano termin rozpoczęcia robót po przekazaniu terenu budowy : 20.10.2008r., a termin zakończenia robót : 20.12.2010r. § 6 umowy określał wynagrodzenie jako ryczałtowe i niezmienne w czasie realizacji robót, jak również nie podlegające waloryzacji ze względu na inflację. W ust. 4 tego paragrafu szczegółowo wskazano, że cena obejmuje także koszty nie ujęte w dokumentacji budowlanej. W § 7 Zamawiający przewidział, że płatności będą dokonywane w terminie 14 dni od otrzymania przez Zamawiającego faktury i protokołu odbioru wykonanych w tym okresie robót – zgodnie harmonogramem rzeczowo-finansowym, a ostateczne rozliczenie za

wykonane roboty miało nastąpić w oparciu o fakturę końcową wystawioną na podstawie protokołu końcowego robót. Faktura końcowa miała być płatna do 28 lutego 2011r. w ust. 3 § 7 wskazano posiadane przez Zamawiającego zabezpieczenie finansowe, a w ust. 4 zastrzeżono, że pozostała kwota wynikająca z przetargu zostanie uregulowana w terminie do 28 lutego 2011r. bez prawa naliczania odsetek Zamawiającemu.

Załącznik nr 1 do projektu umowy – planowany harmonogram realizacji zadania w kolumnie drugiej zawierał oznaczenie jedną lub dwiema gwiazdkami. Zamawiający postanowił, że harmonogram ten należy sporządzić na podstawie tabeli elementów scalonych oraz przy uwzględnieniu zapisów § 4 i § 7 pkt 3 umowy, zaś jedna gwiazdka oznacza realizację przedstawioną graficznie, a dwie gwiazdki realizację przedstawioną wartościowo – należało wpisać kwotę wykonania danego elementu w danym kwartale.

W przedmiarze w następujący sposób opisano kwestionowane pozycje :

Poz. 23 – KNR K-030201/05 Koprin wyd. I 2003 – Elementy komina izolowanego jednociągowego z przewietrzeniem Schiedel Rondo Plus o średnicy przewodu 20 cm. – kalkulacja indywidualna – w pozycji skalkulować 7 przewody spalinowe po 3,55 mb z kotłowni z podstawą, wytrzysszczką, trójnikiem wpięcia spalin 3,55*7 – razem 24, 8500m

Poz. 46 – KNR K-030201/05 Koprin wyd. I 2003 – Elementy komina izolowanego jednociągowego z przewietrzeniem Schiedel Rondo Plus o średnicy przewodu 20 cm. – kalkulacja indywidualna – w pozycji skalkulować 7 przewody spalinowe po 3,50 mb przez kondygnacją piętra 3,25*7 – razem 22 7500m

Poz. 62 – KNR 2-020123/02 MGPIB wyd. V 1995 – Okładanie ścian i słupów cegłami grubości ½ cegły – analogia – obmurowanie przewodów wentylacyjnych w przestrzeni ponad dachem cegłą klinkierową,

Poz. 64 KNR K-030201/05 Koprin wyd. I 2003 – Elementy komina izolowanego jednociągowego z przewietrzeniem Schiedel Rondo Plus o średnicy przewodu 20 cm. – kalkulacja indywidualna – w pozycji skalkulować 7 przewodów spalinowych po 4.65mb przez kondygnacją poddasza pod dach 4,65*7 – razem 32, 5500m

Poz. 91 KNR 2-021106/07 MGPIB wyd V 1995 – Posadzki cementowe wraz z cokolikami – dopłata za zbrojenie posadzki siatką stalową – siatka zgrzewana średnicy 3mm o oczkach 15*15 cm razem 659 0338 m²

Poz. 92 KNR 0-150517/01 IGM wyd. III 2000 – Ułożenie na krokwiach ekranu zabezpieczającego z folii.

W dniu 29 sierpnia 2008r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie „w poz. 92 przedmiaru robót „Ułożenie na krokwiach ekranu zabezpieczającego z folii” prosimy o podanie rodzaju i typu folii” i stwierdził „Membrana trójwarstwowa o paroprzepuszczalności >800g/m2/dobę i SD<0,03 m”. W tym przypadku nie zawarł zapisu w kosztorysie ofertowym należy wycenić dodatkowo, jak miało to miejsce np. w odpowiedzi na pytanie 1 w ramach wskazanych

wyjaśnień, czy w odpowiedzi z dnia 26 sierpnia 2008r. do poz. 63, lub na pytanie 2 w ramach odpowiedzi z 1 września 2008r.

W ofercie wybranej w spornych aspektach znajdują się następujące postanowienia :

Str. 001 – termin płatności : faktura częściowa 14 dni, faktura końcowa 70 (do 28.02.2011r.) dni, zobowiązują się wykonać zamówienie do dnia 20.12.2010r.

Str. 032 – poz. 23 kosztorysu opis zgodny z opisem Zamawiającego uwzględnia 7 przewodów spalinowych po 3,55 mb, brak jest natomiast krotności 7 przy rozbiciu na robociznę, materiały i sprzęt, analogicznie w poz. 46 i 64. w pozycji 62 w materiałach wskazano cegłę budowlaną pełną, a w poz. 91 w materiałach wskazano siatkę tkaną rabbita. W poz. 114 nie wskazano krotności 1,2.

Str. 090 – w planowanym harmonogramie realizacji zadania w pierwszym wierszu oznaczonym jedną gwiazdką w kolumnach „kw I Rok 2008”, „kw II Rok 2008”, „kw III Rok 2008” „kw IV Rok 2008” nie postawiono krzyżyków, co ma miejsce począwszy od I kw 2009r., a w wierszu drugim oznaczonym dwiema gwiazdkami w pierwszych czterech kwartałach znajduje się pozioma czarna linia. Natomiast w I kwartale 2011r. w wierszu element IV 1 więźba dachowa z kryciem montaż, izolacji cieplnej stropu, poddasza, montaż okien, i świetlików dachowych, obróbki blacharskie oznaczonym jedną gwiazdką postawiono krzyżyk, a w wierszu oznaczonym dwoma gwiazdkami wpisano kwotę 1 537 448,15zł. i w wierszu element 1 VI instalacja odgromowa oznaczonym jedną gwiazdką postawiono krzyżyk, a w wierszu oznaczonym dwoma gwiazdkami wpisano kwotę 26 975,01zł.

Od str. 094 do 166 w ofercie znajdują się druki ZUS DRA, przy czym za okres od lutego do grudnia 2007r. i od stycznia do sierpnia 2008r. są one wystawione na WIKAR sp. z o.o. i potwierdzają zatrudnienie najmniej 21 ubezpieczonych, a najwięcej 64, a za pozostały okres odpowiednio na Wikar Stanisław przy czym są to deklaracje za okres od stycznia 2005r. do marca 2007r. z najmniejszą liczbą ubezpieczonych 14 osób, a największą 27 i Wikar Grzegorz za okres od stycznia 2005 do stycznia 2007r. z najmniejszą liczbą ubezpieczonych – 9, a największą 22.

W ofercie Odwołującego nr 1 w poz. nr 92 na stronie 53 oferty znajduje się pozycja KNR 15/517/1 Ułożenie na krokwiach ekranu zabezpieczającego z folii, a w dalszej kolejności rozbicie na materiały, robociznę i sprzęt.

W ofercie Odwołującego nr 2 na stronie 000001 oferty znajduje się postanowienie „Termin płatności : faktura częściowa 14 dni, faktura końcowa 69 dni” i „Zobowiązuję się wykonać zamówienie do dnia : 20.12.2010r., a na stronach 000098- 000104 zaparafowany wzór umowy z niezmienionymi zapisami § 7 umowy.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, to jest ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień Zamawiającego z 26 sierpnia 2008r., 29 sierpnia 2009r. i 1 września 2008r., ofert wykonawcy wybranego, odwołującego nr 1 i odwołującego nr 2 wraz z uzupełnieniami.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w pismach oraz przedstawione na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołań.

Izba uznała, że Odwołujący nr 1 ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Odwołujący nr 1 złożył ofertę korzystniejszą cenowo od oferty wybranej, zatem w przypadku uwzględnienia jego zarzutów jedynie w odniesieniu do własnej oferty ma możliwość w przypadku ponownej oceny ofert uzyskania zamówienia publicznego. Odwołujący nr 2 ma interes w złożeniu odwołania, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutów w stosunku do oferty wybranej oraz uznania za zasadny zarzut dotyczący jego oferty ma on możliwości w wyniku ponownej oceny ofert pozyskania zamówienia publicznego.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut ten jest zarzutem podniesionym zarówno przez Odwołującego nr 1 jak i Odwołującego nr 2. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z odpisu aktualnego z Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców prowadzonego dla „Wikar” Przedsiębiorstwa Budowlano-Transportowego sp. z o.o. z siedzibą w Łososinie Dolnej nr KRS 0000274537 str. 007 – 013 oferty, współnikami spółki są Wikar Grzegorz i Wikar Stanisław, którzy wnieśli do spółki wkłady wyłącznie w postaci aportów – rubryka nr 8 Kapitał spółki. Spółka została zarejestrowana w dniu 19 lutego 2007r. Zgodnie z art. 158 § 1 ksh wspólnicy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością mogą wnosić do spółki wkłady niepieniężne. Nie zachodzi w tym przypadku sytuacja przekształcenia, połączenia czy podziału spółki w rozumieniu KSH. W doktrynie jak i w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że taki wkładem rzeczowym może być przedsiębiorstwo osoby dotychczas prowadzącej jednoosobowo działalność gospodarczą, również doktryna

dopuszcza prawo wniesienia przedsiębiorstwa przez wspólników spółki cywilnej. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest wówczas odpowiedzialna za zobowiązania i obciążenia związane z wniesionym aportem. Następuje więc zbycie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ kc na podstawie art. 55⁴ kc. Kodeks cywilny nie reguluje sytuacji związanych z kwestią spraw pracowniczych. Takie uregulowanie natomiast zawiera art. 23¹ kp. Obecna treść art. 23¹ k.p. stanowi dostosowanie polskiego prawa do wymagań Unii Europejskiej, a w szczególności do dyrektywy z 14.02.1977 r. (nr 77/187 ze zmianą z 1998 r. nr 98/50 WE) zastąpionej następnie dyrektywą z 12.03.2001 r. nr 2001/23 w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich w zakresie ochrony praw pracowników w razie przejścia/transferu przedsiębiorstw, zakładów pracy lub części zakładów pracy (Dz.Urz. WE z 22.03.2001 r., nr L 82). Przyjęta w prawie polskim konstrukcja zasady automatyzmu jest co do zasady zgodna z prawem wspólnotowym (art. 3 pkt 1 dyrektywy). Prawo polskie oraz prawo wspólnotowe nie dopuszczają możliwości wyłączenia zasady automatyzmu oraz obejmują zasadą automatyzmu pracowników świadczących pracę na podstawie umowy o pracę oraz zatrudnionych w ramach stosunku pracy na innej podstawie. Przede wszystkim przejście zakładu pracy na nowego pracodawcę, w tym przypadku spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością nie powoduje wygaśnięcia umów o pracę i likwidacji stanowisk pracy. Jednocześnie również spółka przejmująca przedsiębiorstwo staje się następcą prawnym w stosunkach pracy łączących dotychczasowego przedsiębiorcę jednoosobowego z pracownikami zatrudnionymi przez niego przy prowadzeniu samodzielnej działalności gospodarczej. Fakt istnienia następstwa prawnego w stosunkach pracy ma na celu ochronę roszczeń pracowniczych związanych z zawartymi umowami o pracę w przypadku zmiany pracodawcy poprzez przejęcie. Zdaniem Izby nie można jednak utożsamiać tego faktu, z przejściem tożsamego potencjału kadrowego i dopuszczalnością sumowania potencjałów kadrowych dwóch przedsiębiorstw będących własnością przedsiębiorców jednoosobowych po wniesieniu przedsiębiorstw aportem do spółki z o.o. Należy zauważyć, że zarówno Grzegorz Wikar jak i Stanisław Wikar w okresie od 1 stycznia 2005r. do 31 stycznia 2007r. (brak jest w ofercie druków DRA dla Grzegorza Wikar za okres luty-marzec 2007r.) osobno nie spełniali wymogu posiadania w każdym miesiącu w latach 2005 i 2006 co najmniej 20 zatrudnionych. Samodzielnie zatem nie mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, nawet, gdyby kontynuowali swoje działalności w 2007 i 2008r. jako przedsiębiorcy jednoosobowi. Przepis art. 55¹kc jak już wskazywano powyżej nie dotyczy przejścia potencjału kadrowego. Część doktryny dopuszcza przenaszalność i ciągłość tzw. klienteli czyli doświadczenia handlowego, jednakże potencjał kadrowy nie mieści się w pojęciu marki czy renomy. Jest to element zmienny w czasie. Przepis art. 23¹kp rozwiązuje jedynie kwestie stałości stosunku pracy, wynagrodzeń i innych świadczeń pracowniczych i ma na celu ochronę stosunku pracy, a więc ma charakter gwarancyjny dla pracownika. Nie można,

zdaniem Izby, z tego wywodzić, że w stosunkach z podmiotami trzecimi – kontrahentami, fakt przejścia pracowników będzie wywoływał skutki prawne. Tym samym Izba uznała, że działanie Zamawiającego polegające na uznaniu, że wykonawca wybrany spełniał warunek zatrudnienia w całym wymaganym okresie 2005, 2006 i 2007r. poprzez zsumowanie ilości pracowników zatrudnionych u przedsiębiorców jednoosobowych, było nieprawidłowe. Jednakże Izba wzięła pod uwagę postanowienie rozdziału IX pkt 4.1. tiret 1 siwz. Z tego zapisu wynika, że potencjał kadrowy wykonawcy będzie oceniany w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Wykonawca wybrany został zarejestrowany jako spółka z o.o. w lutym 2007r. i począwszy od tego miesiąca, aż do sierpnia 2008r. zatrudniał od 21 do 64 ubezpieczonych, a więc posiadał w okresie prowadzonej przez siebie działalności wymaganą liczbę co najmniej 20 pracowników w każdym miesiącu. Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie niezgodności terminu rozpoczęcia i zakończenia robót przez wykonawcę wybranego z treścią siwz.

Zarzut ten jest wspólny dla obu Odwołujących. Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wymagał, aby rozpoczęcie robót nastąpiło w dniu 20 października 2008r., a zakończenie w dniu 20 grudnia 2010r. Natomiast płatność faktury końcowej miała nastąpić do dnia 28 lutego 2011r. Izba ustaliła, że wykonawca wybrany w IV kwartale 2008r. nie przewidział żadnych realizacji do wykonania, na co wskazuje wiersz oznaczony jedną gwiazdką. Nie przewidział w tym okresie także żadnych płatności. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wskazanie w planowanym harmonogramie realizacji miało odnosić się jedynie do wartościowego zaawansowania robót, a skoro tak, to prawidłowo wykonawca wybrany zapisał, że płatność nastąpi dopiero w I kwartale 2009r. W ocenie Izby Zamawiający wyraźnie w załączniku nr 1 do projektu umowy rozdzielił pozycje, w których ma być wskazanie wykonanie prac i są to pozycje oznaczone jedną gwiazdką, które miały być przedstawione w formie graficznej od wysokości należności, podawanych w wierszach oznaczonych dwiema gwiazdkami, które przypadać będą wykonawcy z tytułu wykonania prac w ramach każdego kwartału. Zamawiający zatem oczekiwał dla pozycji oznaczonych jedną gwiazdką zaznaczenia wykonywanych prac, a u wykonawcy wybranego w okresie od 20 października 2008r. do 31 grudnia 2008r., zgodnie z przedstawionym planowanym harmonogramem realizacji nie będą realizowane żadne prace, a w szczególności związane z wykonaniem ścian, słupów i stropu parteru – elementy konstrukcyjne, zaś po zakończeniu robót, tj. po dniu 20 grudnia 2010r. wykonawca wybrany ma zamiar realizować element IV 1

wieżba dachowa z kryciem montaż, izolacji cieplnej stropu, poddasza, montaż okien, i świetlików dachowych, obróbki blacharskie i element 1 VI instalacja odgromowa, co jest sprzeczne z wymaganym terminem realizacji zamówienia określonym przez Zamawiającego w rozdziale VII siwz. Izba uznała, że zachodzi sprzeczność treści oferty wykonawcy wybranego z treścią siwz, a zatem Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, czym naruszył ten przepis, a także art. 7 ust. 1 ustawy nierówno oceniając oferty wykonawców.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie sprzeczności materiałów użytych do realizacji zamówienia z treścią przedmiaru robót stanowiącego integralną część siwz.

Zarzut został podniesiony przez Odwołującego nr 2. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w rozdziale XVI siwz w sposób jednoznaczny określił cel składania kosztorysów szczegółowych przez wykonawców. Kosztorysy te miały służyć do wyceny oferty. Nie było zatem celem Zamawiającego przy sporządzaniu i udostępnianiu specyfikacji badanie zgodności przedmiotu zamówienia z przedmiotem zaoferowanym na podstawie kosztorysu. Zamawiający wyraźnie określił także, że cena zamówienia jest ceną ryczałtową, niezmienną przez czas związania ofertą, jak również w toku realizacji umowy. Nadto kosztorys nie miał także służyć do rozliczenia obmiarowego inwestycji, gdyż rozliczenie inwestycji miało następować na podstawie harmonogramu finansowo-rzeczowego, a prace dodatkowe na podstawie kosztorysów powykonawczych z uwzględnieniem czynników kalkulacyjnych zawartych w ofercie, a w przypadku ich braku według stawek Sekocenbudu. Tym samym Zamawiający nie może na obecnym etapie dokonywać oceny zgodności przedmiotu zamówienia z ofertą na podstawie kosztorysu, byłaby to bowiem zmiana sposobu oceny ofert dokonana po upływie terminu składania ofert. Zamawiający wskazał, także wyraźnie w siwz, iż nie będzie oceniał sposobu dojścia do obliczenia ceny, czyli szczegółowej kalkulacji kosztorysowej polegającej na rozbiciu globalnego kosztu danej czynności na robociznę, materiały i sprzęt. Zamawiający wskazał, że z uwagi na różnice w oprogramowaniu kosztorysowym, z którego korzystają wykonawcy, skupi się na badaniu zgodności opisu, obmiaru i jednostki obmiarowej. Izba zauważa, że nie zasadne jest twierdzenie Odwołującego nr 2, że opisem jest również dokonanie rozbicia pozycji na materiały, robociznę i sprzęt, gdyż te elementy, są nazwami elementów kalkulacyjnych ceny jednostkowej, a nie elementami opisu pozycji kosztorysowej. Zauważyć należy, że Zamawiający w swoim przedmiarze także nie dokonał rozbicia na materiały, robociznę i sprzęt, a zatem wobec braku takich zapisów w przedmiarze Zamawiającego niemożliwe jest dokonanie porównań z zapisami oferty wykonawcy wybranego. Ponadto w pozycjach 23, 46,

64 Zamawiający w przedmiarze dopuścił kalkulację własną, a w poz. 64 – analogię. Wykonawca wybrany zatem w części opisu znajdującej swoje odzwierciedlenie w przedmiarze zawarł identyczny opis z zastosowanym u Zamawiającego. Zamawiający w przypadku sprzeczności czy rozbieżności pomiędzy użytym materiałem czy krotnością będzie miał możliwość wyegzekwowania przedmiotu zgodnego z dokumentacją projektową i przedmiarem na podstawie oświadczeń o zgodności opisu oferowanego przedmiotu z przedmiotem zamówienia oraz z częścią opisową przedmiaru i dokumentacją projektową. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut nieuprawnionego odrzucenie oferty Odwołującego nr 1 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez uznanie, że w ofercie Odwołującego nr 1 zachodzi omyłka rachunkowa.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba powołuje się w tym miejscu na argumentację przywołaną powyżej. Zamawiający nierówno potraktował wykonawców naruszając art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę ustalenia Izby dotyczące celu składania kosztorysów ofertowych oraz charakteru wynagrodzenia umownego, należy zauważyć, że Zamawiający wyjaśnieniami z dnia 29 sierpnia 2008r. do poz. nr 92 przedmiaru określił rodzaj i typ folii, która ma być zastosowana jako izolacja cieplna stropu i dachu. Zamawiający w siwz zakazał modyfikacji opisu przedmiaru, a jednocześnie w wyjaśnieniach nie dokonał modyfikacji opisu pozycji przedmiarowej i nie nakazał uwzględnienia tej zmiany w kosztorysach, co konsekwentnie czynił w odniesieniu do innych pozycji np. pozycji 63 i 105, 106, 107 przedmiaru. Tym samym Zamawiający nie mógł wymagać, aby wykonawca ryzykując niedopuszczalną modyfikację opisu pozycji samodzielnie takie zmiany wprowadził, godząc się na możliwość uznania sprzeczności treści jego oferty z treścią siwz, w zakresie zakazu modyfikacji przedmiaru. Zamawiający ma możliwość wyegzekwowania oferowanego przedmiotu z przedmiotem zamówienia na etapie realizacji umowy, gdyż Odwołujący nr 1 złożył w tym zakresie oświadczenie oraz zobowiązał się wykonać zamówienie zgodnie z przedmiarem i dokumentacją projektową. Izba zauważa, że odmienny stosunek Zamawiającego do treści kosztorysów ofertowych w przypadku wykonawcy wybranego i Odwołującego nr 1 prowadziłby do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Izba nie stwierdziła sprzeczności treści oferty z treścią siwz, jak również nie dopatrzyła się w działaniu Odwołującego omyłki rachunkowej. Omyłką rachunkową jest błędne zsumowanie, mnożenie, zaokrąglenie, przestawienie cyfr nie wynikające z dokonanych działań arytmetycznych, nie jest natomiast omyłką rachunkową zastosowanie innego materiału niż określony przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że w ofercie Odwołującego nr 1 nie stwierdzono omyłki rachunkowej oraz, że wobec

jednoznacznych poleceń Zamawiającego oferta ta nie pozostawała w sprzeczności z treścią siwz, Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego nr 2 tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zakresie uznania, że oferta Odwołującego nr 2 jest sprzeczna z treścią siwz w zakresie terminu płatności faktury końcowej.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że w żadnym miejscu siwz, jak również w załącznikach stanowiących jej integralną część Zamawiający nie postawił wymogu terminu płatności faktury końcowej w terminie 70 dni od daty dokonania ostatecznego odbioru robót. Przeciwnie Zamawiający wskazał jedynie termin ostateczny, w którym dokona zapłaty faktury końcowej tj. 28 lutego 2011r. Zamawiający zapewne słusznie i świadomie takiego warunku nie postawił, mając na względzie zastosowanie w ramach przedmiotowej umowy przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U.03.139.1323 ze zm. Dz.U.04.173.1808), zgodnie z art. 3 pkt 3 i art. 5 tej ustawy. Co więcej wymóg dłuższego niż 30 dniowy terminu płatności oraz ograniczenie odpowiedzialności Zamawiającego z tytułu zapłaty odsetek za uchybienie terminowi płatności rodziłoby nieważność takich postanowień umowy – art. 9 cyt. ustawy. Z kolei zapłata odsetek z uwagi na zastrzeżenie dłuższego terminu rodziłaby odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – art. 16 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.05.14.114 zm. Dz.U.06.79.551). Izba podzieliła także stanowisko Odwołującego nr 2, że z treści projektu umowy - § 7 i 14 nie wynika obowiązek uwzględnienia 70 dniowego terminu płatności, jak również fakt, że wykonawcy nie mogą oczekiwać ostatecznej zapłaty przed dniem 28 lutego 2011r. Zatem Izba uznała, że wobec braku wyraźnego wymogu Zamawiającego, co do 70 dniowego terminu płatności faktury końcowej oraz wskazanych powyżej okoliczności wskazanie 69 dniowego terminu płatności przez Odwołującego nr 2 nie stanowiło naruszenia treści siwz, a Zamawiający nie będzie zobowiązany do zapłaty wcześniej niż 28 lutego 2011r. zgodnie z postanowieniami umowy. Mając to na uwadze Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy oraz nie stwierdziła naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego nr 2 w kwocie 3 600,00 zł.

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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....