

Sygn. akt: KIO/UZP 890/09

KIO/UZP 896/08

WYROK
z dnia 27 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **15 lipca 2009 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A PROJUD II Sp. z o.o. Spółka komandytowa, 71-260 Szczecin, ul. Mickiewicza 132
(sygn. akt. KIO/UZP 890/09)

B. Konsorcjum: ERBUD S.A., Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne EKOMEL Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A (sygn. akt KIO/UZP 896/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A., 74-105 Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76** protestów:

A PROJUD II Sp. z o.o. Spółka komandytowa, 71-260 Szczecin, ul. Mickiewicza 132
dnia **12 czerwca 2009r.**

B. Konsorcjum: ERBUD S.A., Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne EKOMEL Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A z dnia **10 czerwca 2009r.**

przy udziale wykonawcy **Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Spacerowa 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 890/09 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie wniesione przez PROJUD II Sp. z o.o. Spółka komandytowa, 71-260 Szczecin, ul. Mickiewicza 132 (sygn. akt KIO/UZP 890/09)

2. Uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum: ERBUD S.A., Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne EKOMEL Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A (sygn. akt KIO/UZP 896/09) i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego się, dokonanie poprawienia oferty Odwołującego się, powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

3. Kosztami postępowania obciąża PROJUD II Sp. z o.o. Spółka komandytowa, 71-260 Szczecin, ul. Mickiewicza 132 w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 890/09 i PGE Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A., 74-105 Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76 w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 896/09.

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **PROJBUD II Sp. z o.o. Spółka komandytowa, 71-260 Szczecin, ul. Mickiewicza 132,**

B koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez

**Konsorcjum: ERBUD S.A., Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne
EKOMEL Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 9 487 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy czterysta osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **PROJBUD II Sp. z o.o. Spółka komandytowa, 71-260 Szczecin, ul. Mickiewicza 132** na rzecz **PGE Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A., 74-105**

2

Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

B kwoty 5 887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **PGE Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A., 74-105 Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76** na rzecz **Konsorcjum: ERBUD S.A., Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne EKOMEL Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 426 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 17 713 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) na rzecz **PROJBUD II Sp. z o.o. Spółka komandytowa, 71-260 Szczecin, ul. Mickiewicza 132,**

B kwoty 17 713 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: ERBUD S.A., Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne EKOMEL Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „przebudowa istniejącej kwatery 4b – wydzielenie kwatery 4bb składowiska odpadów paleniskowych w Elektrowni Dolna Odra”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2009 r., pod numerem 2009/S 38-055880.

A. Sygn. akt KIO/UZP 890/09

W dniu 12 czerwca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec: czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz zaniechania odrzucenia ofert Wykonawców: Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., Haller S.A., konsorcjum firm: Musing Sp. z o.o. oraz Griltex Polska Sp. z o.o., zaniechania wykluczenia Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., wyboru oferty najkorzystniejszej i

3

zaniechania unieważnienia przetargu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82. ust. 3 poprzez zaniechania odrzucenia ofert Wykonawców, których treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. takich które nie uwzględniały wartości prac polegających na wykonaniu dróg komunikacyjnych (pkt 3.11 SIWZ);
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców zawierających błędy w obliczeniu ceny, co wynikało z faktu pominięcia wartości prac polegających na wykonaniu dróg komunikacyjnych (pkt 3.11 SIWZ);

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez wykluczenie Odwołującego się, mimo przedłożenia oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania przez Kierownika Budowy 5-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy/Robót (pkt 5.2.2 b1) SIWZ) oraz przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie tego warunku;
4. art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie posiadał niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz nie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:
 - a) nie dysponował Kierownikiem Budowy posiadającym 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy/Robót (pkt 5.2.2 b1 SIWZ);
 - b) nie dysponował Kierownikiem Budowy posiadającym uprawnienia do kierowania robotami hydrotechnicznymi (punkt 5.2.2 b1 SIWZ);
 - c) nie posiadał wdrożonego systemu zarządzania jakością według normy ISO 9001 (punkt 5.2.2 c SIWZ) w zakresie umożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia;
5. art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. o posiadaniu wdrożonego systemu zarządzania jakością według normy ISO 9001 (pkt 5.2.2 c SIWZ);
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, której treść nie odpowiadała treści SIWZ, tj. nie zawierała potwierdzenia posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością według normy ISO 9001 (pkt 5.2.2 c SIWZ);
7. art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się w szczególności w wyborze oferty niespełniającej warunków określonych w SIWZ i zaniechaniu odrzucenia ofert nie spełniających wymagań SIWZ;

4

-
8. art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.
 9. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy, a w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miały wpływ na wynik tego postępowania, w szczególności poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert nie spełniających wymagań SIWZ (pkt 3.11 SIWZ), jak i dokonanie wyboru oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą.
 10. art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez zaniechanie unieważnienia przetargu w sytuacji, gdy nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu (za wyjątkiem oferty Odwołującego się, który został wykluczony z przetargu).

Wobec powyższego Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z postępowania, odrzucenie ofert złożonych przez: Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., Haller S.A., konsorcjum firm: Musing Sp. z o.o. i Griltex Polska Sp. z o.o., dokonanie powtórnego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie unieważnienie przetargu.

W uzasadnieniu Odwołujący się podnosi, iż w jego ofercie zawarte jest oświadczenie o spełnieniu przez Kierownika Budowy p. Jerzego K. warunku 5-letniego doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy/Robót (str. 48 oferty). Pismem z dnia 27 kwietnia 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą poprzez wskazanie okresów zatrudnienia p. Jerzego K. na stanowisku Kierownika Budowy/Robót przez okres 5 lat. Pismem z dnia 29 kwietnia 2009 r. Odwołujący się wskazał następujące okresy pełnienia tej funkcji przez p. Jerzego K.:

- 1) budowa placu manewrowo-odkładczy z rekultywacją składowiska odpadów nieprodukcyjnych: lata 2000-2001,
- 2) wykonanie poletek doświadczalnych w Elektrowni Dolna Odra: 07/2002 -10/2002,

- 3) składowisko odpadów produkcyjnych w Elektrowni "Szczecin": 08/2001 - 07/2002,
- 4) wydzielenie z kwatery 1/2/3 w Elektrowni Dolna Odra kwatery nr 3: 09/2004 -05/2005 (przy czym zaznaczono, że prace związane z rekultywacją kwatery trwają do chwili obecnej),
- 5) wydzielenie z kwatery 1/2/3 w Elektrowni Dolna Odra kwatery nr 1/2: 12/2004 - 11/2005,
- 6) budowa miejsca magazynowania "A" w Elektrowni Dolna Odra: 03/2007 -11/2007.

5

W związku z powyższym Odwołujący się stoi na stanowisku, iż p. Jerzy Kowański posiada doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy/Robót znacznie przekraczające 5 lat, a nie jak twierdzi Zamawiający, jedynie 58 miesięcy. Ponadto, Odwołujący się podkreśla, iż wyraźnie wskazano m.in., że p. Jerzy K. "od uzyskania uprawnień (tj. od 1973 r.) do 2000 r. pracował jako Kierownik Budowy, między innymi: budowy dworców kolejowych, szlaków kolejowych (torowiska), przepustów, mostów, itp., budowy nabrzeża promowego w Osinowie Dolnym, nabrzeża portowego w Strefie Wolnocłowej w Szczecinie", tj. przez okres kilkunastu lat, był kierownikiem budowy przy inwestycji polegającej na budowie placu manewrowo-odkładczy z rekultywacją składowiska odpadów nieprodukcyjnych: 2000-2001 (Zamawiający zaliczył tu okres jedynie 12 miesięcy a nie 24 - nie wskazując podstawy swoich obliczeń), wykonywał funkcję kierownika budowy przy wydzieleniu z kwatery 1/2/3 w Elektrowni Dolna Odra kwatery nr 3 i 1/2, a prace związane z rekultywacją kwatery nr 3 w Elektrowni Dolna Odra trwają nadal, tj. od 09/2004 do chwili złożenia oferty. Odnosząc się do pełnienia funkcji Kierownika Budowy przy ostatniej wymienionej inwestycji, Odwołujący się wskazuje na dziennik budowy, z którego niezbicie wynika, iż funkcja ta jest pełniona do chwili obecnej (ostatni wpis datowany jest na 28 maja 2009 r.). Jednocześnie Odwołujący się podnosi, iż Wykonawca nie ma, zgodnie z zapisami SIWZ oraz ustawy Pzp, obowiązku dokumentowania okresu doświadczenia. Zamawiający wymagał jedynie oświadczenia o spełnieniu wymogów. Zatem, nawet niewłaściwy sposób odczytania treści pisma Wykonawcy z dnia 29 kwietnia 2009 r. nie może prowadzić do jego wykluczenia.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający popełnił również błąd w ocenie innych ofert, pod kątem zgodności z SIWZ. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia (pkt 3 SIWZ), wykonawcy byli zobowiązani m.in. do wykonania dróg (pkt 3.11 SIWZ). Zmiany wprowadzone do SIWZ wykazem z dnia 31 marca 2009 r. nie dotyczyły robót polegających na wykonaniu dróg betonowych, a zatem wykonawcy byli nadal zobligowani do uwzględnienia wartości tychże prac w swoich ofertach. W szczególności nadal obowiązywał przedmiar robót oznaczony jako "Przebudowa kwatery 4b -drogi komunikacyjne".

Załącznik nr 1 do SIWZ Formularz ofertowy zawierał rubrykę, w której należało podać cenę za poszczególne kategorie robót, określone w SIWZ. Jednak w Formularzu ofertowym nie wskazano robót polegających na budowie dróg komunikacyjnych (pkt 3.11 SIWZ). To przeoczenie Zamawiającego spowodowało, iż większość wykonawców została wprowadzona w błąd i kierując się wyłącznie treścią formularza cenowego, a nie przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ (oraz projektem i przedmiarem robót), nie podała ceny za roboty, polegające na wykonaniu dróg komunikacyjnych. Spowodowało to, że wartość ofert prawie wszystkich wykonawców została w sposób nieuzasadniony zaniżona, a ich treść jest sprzeczna z wymaganiami SIWZ. Cenę za wykonanie dróg podał jedynie Odwołujący się.

6

Odwołujący się zwraca również uwagę, że art. 93 ust. 1 pkt 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a także w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp umowa jest nieważna, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (pkt 5) lub w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 6). Rażące naruszenie ustawy przy wyborze oferty polegało właśnie na wyborze oferty, która spełniała warunki do jej odrzucenia (Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o.), co z kolei było

rażącym przejawem nierównego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – oferty siedmiu innych wykonawców zostały odrzucone z tej samej przyczyny). Nadto, oferta ta została wybrana, mimo iż nie była najkorzystniejsza (art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Te naruszenia, jak i nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego się z postępowania, miały zasadniczy wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Powoduje to, iż niemożliwym byłoby zawarcie ważnej umowy, co z kolei uzasadniać powinno unieważnienie postępowania.

Zdaniem Odwołującego się, wykonawca Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. nie spełniał szeregu innych warunków określonych w SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty, względnie wykluczeniem z przetargu (co jest równoznaczne z odrzuceniem oferty). Wadliwa ocena dotyczy w szczególności następujących kwestii:

- a) wymogu posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością, np. według normy ISO 9001 (pkt 5.2.2. c SIWZ) oraz wymogu posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością, np. według normy ISO 9001 w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia,
- b) wymogu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej jedną osobą na stanowisko Kierownika Budowy, która "powinna posiadać (...) co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy/Robót" (pkt 5.2.2 ppkt b1 SIWZ),
- c) wymogu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej jedną osobą na stanowisko Kierownika Budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, które powinny umożliwiać kierowanie między innymi robotami hydrotechnicznymi (pkt 5.2.2 ppkt b1 SIWZ);

Ad. a)

7

Wskazany Wykonawca przedłożył wraz z ofertą certyfikat zaświadczający, że ww. podmiot wdrożył system zarządzania zgodny z wymaganiami normy PN-ISO 9001:2000 w zakresie robót budowlanych i usług projektowych oraz sprzedaży maszyn, pojazdów i urządzeń. Certyfikat został wydany przez firmę Centralne Biuro Obrotu Wierzytelnościami i Usług Doradczych SCONTO. Uprawnienie do wystawiania certyfikatów (akredytacja) nadawane jest wyłącznie na podstawie decyzji Polskiego Centrum Akredytacji, które jest krajową jednostką akredytującą upoważnioną do akredytacji jednostek certyfikujących, kontrolujących, laboratoriów badawczych i wzorcujących oraz innych podmiotów prowadzących oceny zgodności i weryfikacje na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. 2004 r. Nr 204, poz. 2087 z późn. zm.). Polskie Centrum Akredytacji (PCA) prowadzi również wykazy akredytowanych jednostek certyfikujących (art. 26 ust. 1 pkt 3 cyt. ustawy). Jednak w wykazie udostępnionym na stronie internetowej PCA (<http://www.pca.gov.pl>) brak jest takiego podmiotu, jak Centrale Biuro Obrotu Wierzytelnościami i Usług Doradczych SCONTO. Ponadto, z odpowiedzi udzielonej na pytanie Odwołującego się, czy PCA udzielało ww. firmie akredytacji do udzielania certyfikatów, wynika, iż podmiot ten nie posiada akredytacji PCA.

Co więcej, zakres certyfikatu nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i sprecyzowanych w piśmie Zamawiającego z dnia 19 marca 2009 r., w którym Zamawiający stwierdził, że Wykonawca musi posiadać wdrożony system zarządzania jakością w zakresie umożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia (roboty budowlane w zakresie wznoszenia obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej a nadto składowiska odpadów, roboty budowlane w zakresie budowy rurociągów do odprowadzania ścieków i wodociągów itp). Przedmiot zamówienia zawarty w SIWZ pokrywał się tylko częściowo z zakresem certyfikatu, m.in. brak zakresu ISO dla budowy i rekultywacji składowisk odpadów.

Ad b)

Kierownik budowy wyznaczony przez wskazanego Wykonawcę posiada jedynie 44 miesiące doświadczenia na tym stanowisku z 60 wymaganych.

Ad c)

Jak wynika z dokumentów załączonych do oferty wskazanego Wykonawcy (załącznik nr 4 - decyzja Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej z dnia 10 lipca 2003 r.) proponowany

kierownik budowy p. Robert M., posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie określonym w tej decyzji. Jak wynika z treści szczegółowego zakresu uprawnień zamieszczonego na odwrocie decyzji, jego uprawnienia zostały ograniczone do kierowania budową lub innymi robotami budowlanymi, kierowania wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów,

8

wykonywanie nadzoru inwestorskiego, sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych. Uprawnienia te nie obejmują kierowania robotami hydrotechnicznymi.

W dniu 17 czerwca 2009 r. Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z żądaniem oddalenia protestu.

Zdaniem Przystępującego, Zamawiający słusznie odrzucił ofertę wykluczonego z postępowania Odwołującego się, skoro wykonawca ten, na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył oświadczenia i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zaś, jakiegokolwiek uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w treści protestu nie ma żadnych skutków prawnych.

W przedmiocie zarzutów dotyczących Przystępującego, zwraca uwagę, iż zgodnie z punktem 12.1 SIWZ, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter ryczałtowy, a cena musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia ujęte w części II SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia obejmuje m.in. dokumentację projektową i przedmiary robót oraz SIWZ, czyli również wykonanie dróg betonowych.

Zgodnie z obowiązującym wszystkich wykonawców stanem prawnym, podstawą do obliczenia ceny oferty jest zamieszczony w SIWZ opis przedmiotu zamówienia, a określony w SIWZ sposób obliczenia ceny określa jej charakter - wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu kodeksu cywilnego (czyli cena oferty obejmuje wszystko to, co zostało ujęte w opisie przedmiotu zamówienia).

Przystępujący podkreśla również różnicę pomiędzy wdrożeniem systemu zarządzania jakością od certyfikowania systemu zarządzania jakością. Wdrożenie i certyfikację wykonują dwa odrębne podmioty i są to dwa odmienne procesy. Zamawiający wymagał jedynie wdrożonego, a nie certyfikowanego systemu zarządzania jakością (pkt 5.2.2 lit. c SIWZ). Na potwierdzenie spełnienia warunków określonych w punkcie 5.2.2 SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia w ofercie dokumentu a nie certyfikatu potwierdzającego posiadanie systemu zarządzania jakością, np. według normy ISO 9001 (pkt 5.2.2 lit. d SIWZ). Złożony w ofercie dokument potwierdza posiadanie wdrożonego systemu zarządzania jakością, np. według normy ISO 9001.

Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytania (pytanie nr V) wykonawców (pismo z dnia 19.03.2009 r.), Zamawiający poinformował, że wykonawca musi posiadać wdrożony system zarządzania jakością, np. wg. normy ISO 9001, w zakresie umożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia. Roboty ziemne, roboty instalacyjne, roboty inżynieryjne, budowy i

9

rekultywacje wysypisk odpadów są robotami budowlanymi, a wdrożony w firmie Przystępującego system zarządzania jakością obejmuje swoim zakresem wszystkie roboty budowlane.

Przystępujący wyjaśnia, iż w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnił dokumenty w zakresie doświadczenia osoby pełniącej funkcję Kierownika Budowy/Robót.

W złożonej przez Przystępującego ofercie, osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy/Robót posiada uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń do kierowania budową lub innymi robotami budowlanymi. Brak jakiegokolwiek wzmianki, że uprawnienia te nie obejmują kierowania robotami hydrotechnicznymi. W specjalności konstrukcyjno-budowlanej dosłowne wyodrębnienie robót hydrotechnicznych w specjalizacji techniczno-budowlanej nastąpiło dopiero w 2005 r., a do tego czasu zakres ten

obejmowała specjalizacja "obiekty budowlane gospodarki wodnej". Zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, w szczególności zgodnie z art. 104, osoba posiadająca samodzielne funkcje w budownictwie zachowuje uprawnienia w zakresie nadanym w dniu uzyskania uprawnień. Na dzień uzyskania uprawnień przez p. Roberta Mielcarza nie istniała specjalizacja w zakresie robót hydrotechnicznych w ramach innej specjalności niż specjalność konstrukcyjno-budowlana, która obejmowała jako jedyna obiekty budowlane gospodarki wodnej.

W dniu 24 czerwca 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący się nie wykazał załączonymi do oferty, jak również w uzupełnieniu do niej dokumentami, aby p. Jerzy K. - wskazany jako osoba, która będzie pełnić funkcję Kierownika Budowy, posiadał co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy/Robót. Przedmiotowe stanowisko wynika z następującego sposobu wyliczenia Zamawiającego:

1) budowa placu manewrowo-odkładczego z rekultywacją składowiska odpadów nieprodukcyjnych: lata 2000-2001 - daje 24 miesiące (wbrew twierdzeniom zawartym w proteście jakoby Zamawiający policzył tylko 12 miesięcy),
2) wykonanie poletek doświadczalnych w Elektrowni Dolna Odra: 07/2002-10/2002, daje 4 miesiące,
3) składowisko odpadów produkcyjnych w Elektrowni Szczecin: 08/2001-07/2002, daje 6 miesięcy.
Suma okresów z pkt 2 i 3 to 10 miesięcy, należy bowiem zauważyć, że nie można sumować pełnienia funkcji Kierownika Budowy jednocześnie podczas realizacji różnych robót budowlanych w tym samym okresie. Ustalono to w orzecznictwie, jak i doktrynie. Ponieważ rok 2001 został już zaliczony w pkt 1, to Zamawiający policzył tylko 10 miesięcy z roku 2002.

10

4) wydzielenie z kwatery 1/2/3 w Elektrowni Dolna Odra kwatery nr 3: 09/2004-05/2005, daje 9 miesięcy,

5) wydzielenie z kwatery 1/2/3 w Elektrowni Dolna Odra kwatery nr 1/2: 12/2004-11/2005. daje 6 miesięcy.

Suma okresów z pkt 4 i 5 to 15 miesięcy (jak było wyżej, nie sumuje się okresów pełnienia funkcji Kierownika Budowy podczas realizacji różnych robót w tym samym okresie).

6) budowa miejsca magazynowania "A" w Elektrowni Dolna Odra -03/2007-11/2007: co daje 9 miesięcy.

Jak z powyższego wynika, doświadczenie p. Jerzego K. wynosi 58 miesięcy. Jednocześnie Zamawiający zauważa, że Odwołujący się nie wskazał, w jakich okresach p. Jerzy K. pełnił funkcję Kierownika Budowy/Robót przed rokiem 2000. Odwołujący się ograniczył się tylko do ogólnego wskazania, że w tym okresie pracował jako kierownik budowy. Tym samym Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania, jaki faktycznie czas spędził na budowach pełniąc funkcję Kierownika Budowy.

Na marginesie Zamawiający wskazuje, że Odwołujący się nie wniósł wadium w przedmiotowym postępowaniu. Z treści potwierdzenia przelewu załączonego do oferty wynika, że wadium wnosi PROJBUD Sp. z o.o., zaś ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył PROJBUD II Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa. Widać zatem, że wadium wniósł podmiot, który nie jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania. W treści tego potwierdzenia brak jest jakiegokolwiek sformułowania, które świadczyłoby, że wadium jest wniesione w imieniu Odwołującego się. Oferta Odwołującego się, zostałaby także odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie przez Odwołującego się oferty w kształcie przewidującym wykonanie robót budowlanych w terminie późniejszym niż złożenie wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Powoduje to bowiem sprzeczność oferty z treścią SIWZ w zakresie założonej w SIWZ zgodności przyszłej umowy o roboty budowlane z uwarunkowaniami procesu inwestycyjnego wynikającymi z przepisów prawa publicznego, w tym w szczególności z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.).

Za nietrafny, Zamawiający uznaje pogląd Odwołującego się, iż oferty wskazanych wykonawców podlegają odrzuceniu, z powodu nie uwzględnienia wartości prac polegających

na wykonaniu dróg komunikacyjnych. Stosownie do pkt 12.1. SIWZ, Zamawiający wskazał wprost, że przewiduje dla realizacji przyszłej umowy, wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie wynikającej z oferty wykonawcy. Cena ta musi obejmować wszystkie roboty budowlane, usługi i dostawy, jakie z technicznego, technologicznego i organizacyjnego punktu widzenia są konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Podstawą do określenia ceny była dokumentacja wymieniona w części II SIWZ (Załączniki dotyczące uwarunkowań

11

technicznych realizacji zamówienia) oraz wizja lokalna terenu, na którym zostanie zrealizowany przedmiot zamówienia. Cena musi obejmować również wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia nie ujęte w części II SIWZ (Załączniki dotyczące uwarunkowań technicznych realizacji zamówienia), a konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie pismem z dnia 12 marca 2009 r., odpowiadając na zadane przez wykonawców pytania dotyczące SIWZ, Zamawiający wskazał (odpowiedź nr 2 na pytanie nr 2), że roboty związane z wykonaniem dróg należy umieścić w pozycji 3 tabeli cen ofertowych załącznika nr 1 do SIWZ.

Chybionym jest również zarzut Odwołującego się, jakoby wskazany przez Przystępującego na stanowisko Kierownika Budowy p. Robert M. nie posiadał wymaganych przez Zamawiającego uprawnień oraz co najmniej 5-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy/Robót. Przedstawione uprawnienia upoważniają p. Roberta M. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (a zatem w takiej, w jakiej wymagał Zamawiający). Na drugiej stronie decyzji znajdują się szczegółowo wymienione czynności do jakich upoważniony jest p. Robert M., a także wymienione są czynności, których decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych nie obejmuje. Wśród wymienionych tam wyłączeń brak jest jednak czynności polegających na kierowaniu robotami hydrotechnicznymi. Rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1995 r. Nr 8, poz. 38 z późn. zm.) na podstawie, którego została wydana decyzja nadająca p. Robertowi M. uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, nie wyłącza bowiem robót hydrotechnicznych z zakresu tych uprawnień. Wymóg, aby osoby wskazane do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, które posiadają uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, miały prawo do kierowania robotami hydrotechnicznymi wynika z faktu, że nie wszystkie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno budowlanej uzyskane przed 1995 r. uprawniały do kierowania robotami hydrotechnicznymi.

Załączone do oferty Przystępującego oświadczenie o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonywania przedmiotu zamówienia oraz ich wykaz (załącznik nr 4), rzeczywiście nie potwierdza, aby wskazany na stanowisko Kierownika Budowy/Robót posiadał co najmniej 5-letnie doświadczenie. Jednakże, z uzupełnionego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentu w sposób nie budzący wątpliwości, okoliczność ta wynika, przy uwzględnieniu sposobu liczenia zaprezentowanego wyżej.

W treści SIWZ (pkt 5.2.2. lit c) Zamawiający wymagał posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością według normy ISO 9001. Zamawiający nigdzie nie określił, iż system ten ma być certyfikowany. Wskazać należy w tym miejscu różnicę pomiędzy

12

wdrożeniem systemu zarządzania jakością, a certyfikowaniem systemu zarządzania jakością, są to bowiem dwa odmienne procesy. Zamawiający wymagał jedynie wdrożonego, a nie certyfikowanego systemu zarządzania jakością, co zresztą zostało potwierdzone w odpowiedzi na zapytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odp. na pyt. V z dnia 19 marca 2009 r.). Wbrew temu, co wskazuje Odwołujący się w polemice z przystąpieniem do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, Zamawiający nigdy nie ustanowił obowiązku legitymowania się systemem zarządzania jakością, który byłby certyfikowany. Cytowana odp. na pyt. V z dnia 19 marca 2009 r. wskazywała jedynie na treść warunku. Zamawiający wskazuje, iż z treścią warunku udziału w postępowaniu w pełni współgrały postanowienia dotyczące dokumentów przedkładanych przez Wykonawcę

na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wedle postanowień zawartych w punkcie 5.2.2 SIWZ, Zamawiający wymagał złożenie w ofercie dokumentu, a nie certyfikatu potwierdzającego posiadanie systemu zarządzania jakością, np. według normy ISO 9001 (pkt 5.2.2 lit. d SIWZ). Złożony w ofercie najkorzystniejszej dokument potwierdza posiadanie wdrożonego systemu zarządzania jakością. Nie ma też wątpliwości, iż dokument ten potwierdza wymagany zakres systemu zarządzania jakością. Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytania wykonawców (pismo z dnia 19.03.2009 r.) Zamawiający odpowiedział, że zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu wykonawca musi posiadać wdrożony system zarządzania jakością, np. wg. normy ISO 9001, w zakresie umożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia. System zarządzania jakością w ofercie najkorzystniejszej obejmuje w swoim zakresie roboty budowlane, odpowiada zatem zakresowi przedmiotu zamówienia, które także dotyczy wykonywania robót budowlanych.

Na marginesie Zamawiający zauważa, iż bez znaczenia dla sprawy są wywody Protestującego dotyczące ustawy o systemie oceny zgodności, zawarte w piśmie stanowiącym polemikę z przystąpieniem do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. W treści SIWZ (pkt 5.2.2. lit c) Zamawiający wymagał posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością, np. według normy ISO 9001 na potwierdzenie sytuacji podmiotowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tymczasem powołana ustawa dotyczy zasad funkcjonowania systemu oceny zgodności wyrobów z wymaganiami zasadniczymi i wymaganiami szczegółowymi. Odnosi się zatem do spełnienia przez produkty określonych wymagań, a nie sytuacji podmiotowej wykonawcy. Z tego samego powodu całkowicie chybione jest nawiązywanie do § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. 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 z późno zm.). Przepis ten wskazuje jednoznacznie, iż zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów

13

zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich żąda się w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

W dniu 1 lipca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie wobec braku rozstrzygnięcia protestu w terminie określonym w art.183 ustawy Pzp, tj. do dnia 22 czerwca 2009 r. (Zamawiający oddalił protest Odwołującego się w całości w dniu 24 czerwca 2009 r.), podtrzymując zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Odwołujący się podnosi ponadto, iż bezspornym jest w niniejszej sprawie (co potwierdził Zamawiający w piśmie z dnia 24 czerwca 2009 r., jak i sam Przystępujący w przystąpieniu do protestu), iż przedstawiony dokument nie jest certyfikatem ISO, a Biuro Obrotu Wierzytelnościami SCONTO nie jest jednostką uprawnioną do wydawania certyfikatów ISO, pomimo przedstawienia przez Przystępującego dokumentu o nazwie Certyfikat (zgodnie z wykazem załączników do oferty "certyfikat ISO") wydanego przez podmiot nieuprawniony do wydawania certyfikatów ISO, zaświadczonego wdrożenie systemu ISO zgodnie z wymaganiami normy PN-ISO 9001:2000. Obecnie, zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący twierdzą, że Zamawiający nie żądał dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu ISO w postaci certyfikatu, a jedynie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością, np. wg normy ISO a przedstawiony przez Przystępującego dokument, choć nie jest certyfikatem ISO, potwierdza wdrożenie systemu ISO u tego Wykonawcy, czym innym jest bowiem wdrożenie systemu, a czym innym jego certyfikacja.

Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący pomija milczeniem przedstawienie przez tego Wykonawcę dokumentu o nazwie certyfikat o treści identycznej z treścią certyfikatu ISO w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem certyfikacja to proces poświadczania przez jednostkę certyfikującą, iż funkcjonujący w przedsiębiorstwie system zarządzania jakością jest zgodny z wymaganiami stosownej normy i skutecznie wdrożony. Jedynym dokumentem potwierdzającym wdrożenie ISO w danej organizacji oraz kończącym procedurę tego wdrożenia jest wyłącznie certyfikat ISO.

Normy ISO 9001:2000 są międzynarodowymi standardami opracowanymi przez Międzynarodową Organizację Normalizacyjną ISO (International Organisation for Standardisation), poświęconymi systemowi zarządzania jakością, normy te przejęte zostały w takim samym kształcie do systemu polskich norm (PN-EN ISO 9001:2001).

Zdobycie certyfikatu ISO 9001 potwierdza istnienie skutecznego systemu zarządzania jakością a organizacja dostarczyła dowodów, że wszystkie działania są zgodne z wymaganiami opisanymi w normie oraz z wymaganiami klientów. Certyfikacja Systemu

14

Zarządzania jest to działanie trzeciej strony (jednostki niezależnej od organizacji i jej klientów) wykazujące, że zidentyfikowany(e) proces(y) danej organizacji jest(są) zgodny(e) z wyspecyfikowanymi wymaganiami jednej normy lub wielu norm, przyjętej(ych) za podstawę certyfikacji.

Zasady Certyfikacji Systemów Zarządzania nie są dowolne, oprócz normy PN-EN ISO 9000 Systemy zarządzania jakością, zastosowanie mają: PN-EN ISO/IEC 17021 Ocena zgodności. Wymagania dla jednostek prowadzących auditowanie i certyfikację systemów zarządzania, PN-EN ISO 19011 Wytyczne dotyczące auditowania systemów zarządzania jakością i/lub zarządzania środowiskowego.

Powyżej wskazane rozumienie certyfikacji potwierdza ustawa o systemie oceny zgodności, gdzie przez pojęcie certyfikacji należy rozumieć działalność jednostki certyfikującej wykazującą, że należycie zidentyfikowany wyrób lub proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami. Jednostki certyfikujące muszą posiadać akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, tylko w ten sposób jednostka certyfikująca uzyskuje bowiem kompetencję do wykonywania działań objętych akredytacją,

Zgodnie z art. 15 ustawy o systemie zgodności, akredytacja jest udzielana przez Polskie Centrum Akredytacji, na wniosek zainteresowanej jednostki certyfikującej, (...) po dokonaniu ich oceny i potwierdzeniu, że spełniają wymagania i warunki określone w odpowiednich Polskich Normach, a w przypadku braku Polskich Norm - w odpowiednich dokumentach organizacji międzynarodowych.

Z powyższego wynika, że jedynym dokumentem potwierdzającym wdrożenie Systemu Zarządzania ISO w danej organizacji może być jedynie certyfikat ISO wydany przez jednostkę certyfikującą posiadającą stosowną akredytację. Wydanie certyfikatu poprzedzone jest auditem certyfikującym przeprowadzonym przez audytorów jednostki certyfikującej. Jest to "usystematyzowane i niezależne badanie, którego celem jest ocena i stwierdzenie, czy działania odnoszące się do jakości i ich wyniki są zgodne z zaplanowanymi ustaleniami oraz, czy ustalenia są skutecznie realizowane i pozwalają na osiągnięcie celów".

Wdrożenia systemu ISO nie może potwierdzać jednostka nieuprawniona, taka jak Biuro Obrotu Wierzytelnościami SCANTO, ani tym bardziej wydawać certyfikatu o zgodności wdrożonego systemu zarządzania z normą ISO.

Nadto, działanie takie powinno być uznane przede wszystkim za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP), co również musi skutkować wykluczeniem.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zauważył, że nawet uwzględnienie protestu Odwołującego się w zakresie bezpodstawnego wykluczenia z postępowania i tak nie przywróciłoby go do postępowania, a to z uwagi na nie wpłacenie wadium w przedmiotowym postępowaniu, co spowodowałoby wykluczenie Wykonawcy z postępowania, jak też fakt, iż

15

oferta Wykonawcy zostałaby odrzucona na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym przedmiocie Odwołujący się podnosi, iż uwzględnienie protestu w zakresie bezpodstawnego wykluczenia Wykonawcy przywróciłoby go do postępowania, natomiast dokonanie czynności w postaci wykluczenia Wykonawcy z innych przyczyn lub odrzucenia jego oferty wymaga nowej czynności Zamawiającego. Wykonawcy zaś na nowe rozstrzygnięcie przysługują w takiej sytuacji środki ochrony prawnej. Czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania została dokonana wyłącznie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp wykluczając Wykonawcę Zamawiający wskazuje uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji (to samo dotyczy odrzucenia ofert -

art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Niezależnie od powyższego, uwagi Zamawiającego co do ewentualnego wykluczenia Wykonawcy z innych przyczyn lub odrzucenia jego oferty, należy uznać za całkowicie bezpodstawne.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane przez Zamawiającego w pkt 5 SIWZ. Jednym z nich jest warunek dotyczący potencjału kadrowego, w zakresie którego Zamawiający wymaga m.in. dysponowania „co najmniej 1 (jedną) osobą na stanowisko Kierownika Budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Uprawnienia powinny umożliwiać kierowanie robotami hydrotechnicznymi. Osoba na stanowisko Kierownika Budowy powinna posiadać prawo do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie oraz co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy/Robót” (pkt 5.2.2. lit. b1 SIWZ). W celu potwierdzenia przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli do złożenia m.in. oświadczenia o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia oraz ich wykaz na załączniku nr 4 i dokumentów poświadczających posiadanie stosownych uprawnień (pkt 5.2.2. lit. c1 i c2 SIWZ).

Odwolujący się do oferty załączył załącznik nr 4, z którego wynika, iż na stanowisko Kierownika Budowy został zaproponowany p. Jerzy K., posiadający wskazane uprawnienia, zaś doświadczenie zawodowe zostało opisane poprzez sformułowanie: „Kierownik budowy” (str. 49 oferty).

16

Wobec powyższego Zamawiający poinformował Odwołującego się, iż w przedmiotowym załączniku brak wiadomości dotyczących „okresów zatrudnienia (...), które potwierdzałyby co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w warunku zawartym w pkt 5.2.2. lit b1 SIWZ” i wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia brakującego oświadczenia, pod rygorem wykluczenia z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (pismo z dnia 27 kwietnia 2009 r.).

W odpowiedzi Odwołujący się wskazał, iż p. Jerzy K. „od uzyskania uprawnień do 2000 r. (...) pracował jako kierownik budowy, między innymi: budowy dworców kolejowych, szlaków kolejowych (torowiska), przepustów, mostów itp., budowy nabrzeża promowego w Osinowie Dolnym, nabrzeża portowego w Strefie Wolnocłowej w Szczecinie. Od 2000 r. pracował jako kierownik budów (...) w Elektrowniach Zespołu Dolna Odra S.A. w tym:

- 1) Budowa placu manewrowo-odkładczy z rekultywacją składowiska odpadów nieprodukcyjnych (...), okres realizacji 2000-2001.
- 2) Wykonanie poletek doświadczalnych w Elektrowni Dolna Odra (...), okres realizacji 07/2002-10/2002.
- 3) Składowisko odpadów produkcyjnych w Elektrowni „SZCZECIN” (...), okres realizacji 08/2001-07/2002.
- 4) Wydzielenie z kwatery z kwatery 1/2/3 w Elektrowni Dolna Odra kwatery nr 3 i 1/2 (...), okres realizacji: wydzielenie kwatery nr 3 i jej wykonanie wraz z infrastrukturą 09/2004 do 05/2005. Obecnie trwają prace związane z rekultywacją kwatery po jej wypełnieniu. Wykonanie kwatery 1/2 (uszczelnianie) 12/2004-11/2005.
- 5) Budowa miejsca magazynowania „A” w Elektrowni Dolna Odra (...), okres realizacji: 04/2007-11/2007.

W wyniku dokonanej oceny oferty Odwołującego się, Zamawiający uznał, iż „z załączonych do uzupełnienia dokumentów wynika, że Pan K. posiada tylko 58 miesięcy (z 60 wymaganych) doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy/robót”, co skutkuje wykluczeniem Odwołującego się z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, w celu rozstrzygnięcia, czy decyzja

Zamawiającego, w przedmiocie wykluczenia Odwołującego się, jest poprawna, należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy z treści oferty i wyjaśnień wynika fakt posiadania wymaganego doświadczenia. Otóż, treść oferty w żaden sposób nie daje podstaw do zweryfikowania doświadczenia zawodowego. Na podstawie wpisu „Kierownik Budowy” nie sposób określić czasookresu posiadanego doświadczenia. Jakkolwiek uzupełnione oświadczenie niesie bogatszą treść w tym zakresie, to jednakże brak podstaw do stwierdzenia spełnienia wymaganego warunku. Po pierwsze, wskazać należy, iż na

17

podstawie tak ogólnego stwierdzenia, jakim jest sformułowanie: „od uzyskania uprawnień do 2000 r. w/w pracował jako kierownik budowy (...)”, Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia, iż od 1973 r. do 2000 r. p. Jerzy K. pełnił funkcję Kierownika budowy. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby dana osoba pełniła określoną funkcję nieprzerwanie 27 lat. Ponadto, sam fakt uzyskania uprawnień daje możliwość pełnienia określonej funkcji, nie oznacza to jednak, że od dnia wydania uprawnień należy liczyć okres doświadczenia. I co najważniejsze, Zamawiający formułując sporny warunek wskazał na treść oświadczenia, jakie należy złożyć w tym zakresie. Załącznik nr 4 pozostaje w korelacji z pkt 5.2.2. SIWZ. Z przedmiotowego załącznika jasno wynika, iż doświadczenie zawodowe należy opisać poprzez okresy zatrudnienia i wykonywane czynności. Nie budzi więc wątpliwości, iż w celu oceny spełnienia spornego warunku rozstrzygające znaczenie miała treść oświadczenia. I właśnie treść przedmiotowego oświadczenia miała stanowić wystarczającą podstawę do rozstrzygnięcia w przedmiocie posiadania 5-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Robót. Użycie sformułowania „okresy zatrudnienia” w żaden sposób, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, nie jest mylące. Nie można zapominać, iż treść załącznika nr 4 jest konsekwencją brzmienia przedmiotowego warunku. Zatem, oświadczenie, biorąc pod uwagę cel jaki ma spełnić, musi w sposób jednoznaczny to doświadczenie opisywać.

Obowiązkiem wykonawcy jest przekazanie informacji w sposób precyzyjny, co pozwoli Zamawiającemu na ocenę tych informacji i nie stanie się podstawą do jakichkolwiek arbitralnych decyzji. W niniejszym stanie faktycznym sposób sformułowania analizowanej informacji pozwala jedynie stwierdzić, że ma ona charakter poglądowy i uzupełniający. Zaś, dopiero inwestycje wskazane w pkt 1-5 stanowią w istocie informacje podawane na okoliczność spełnienia przedmiotowego warunku. Wskazuje chociażby na to, sposób ich sformułowania, a mianowicie ściśle według wskazań z załącznika nr 4 Odwołujący się wymieniał okres realizacji i rodzaj wykonywanych czynności.

Okres wykonywania wskazanych robót budowlanych jest krótszy niż wymagał tego Zamawiający. W tym względzie rację należy przyznać Zamawiającemu, iż jest to 58 miesięcy z wymaganych 60-ciu. Za prawidłowe należy uznać przyjęcie przez Zamawiającego stanowiska, iż pełnienie funkcji Kierownika Budowy w jednym czasie, w ramach kilku zadań inwestycyjnych, nie powoduje nabycia doświadczenia w ilości stanowiącej sumę miesięcy, w czasie których funkcja była pełniona. Nie ma żadnych podstaw, żeby twierdzić, iż osoba, która wykonywała określone obowiązki w ciągu jednego roku, jedynie przez sam fakt realizowania różnych inwestycji, czy też pełnienia funkcji u różnych inwestorów zdobywała doświadczenie przekraczające jeden rok. Nikt przecież nie twierdzi, iż pracownik, który w danym roku pracuje u dwóch pracodawców na ½ etatu posiada staż pracy wynoszący 24 miesiące.

18

Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, z informacji, iż „obecnie trwają prace związane z rekultywacją kwatery”, nie wynika okres realizacji. Dodatkowo, nie sposób przesądzić, biorąc pod uwagę strukturę wyjaśnień, czy p. Jerzy K. bierze udział w pracach związanych z rekultywacją i w jakim charakterze. Podkreślić należy, iż Zamawiający nie jest uprawniony, ani tym bardziej zobowiązany do domniemywania treści oświadczeń wykonawców. Ewentualna wiedza Zamawiającego o doświadczeniu p. Jerzego K. nie może być wykorzystywana na etapie oceny ofert. Odwołujący się zdaje się zapominać, iż to na nim spoczywa obowiązek wykazania w sposób nie budzący wątpliwości okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokonuje tego samodzielnie, bez udziału Zamawiającego.

W niniejszej sprawie, zakres wiadomości uzupełnionych przez Odwołującego się jest niewystarczający dla zweryfikowania spełnienia przedmiotowego warunku. Odwołujący się miał możliwość potwierdzenia spornej okoliczności na etapie składania ofert, czego nie uczynił i ponownie, w trybie uzupełnienia oferty. Odwołujący się z powyższych możliwości nie skorzystał, zaś wnoszenie środków ochrony prawnej nie stanowi podstawy do dokonywania uzupełnień treści oferty. Stąd, wyciągi z dziennika budowy, czy też treść umowy, przedkładane w formie załączników do protestu nie mogą być brane pod uwagę.

Podkreślić należy, iż Zamawiający wyraźnie wskazał, że weryfikacja przedmiotowego warunku będzie odbywała się na podstawie składanego oświadczenia, znaczenie warunku było jednoznaczne, a zakres informacji wskazany był w załączniku nr 4. O jakiegokolwiek więc sprzeczności SIWZ nie może być mowy. Zaś, skutki zaniechania podania wyczerpujących informacji uniemożliwiających weryfikację w przedmiocie spełniania warunku udziału w postępowaniu, obciążają jedynie wykonawcę. W tych okolicznościach, istniały podstawy do wykluczenia Odwołującego się z postępowania, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy uznać za chybiony.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostawała argumentacja Zamawiającego dotycząca wadium, gdyż przedmiotem niniejszego sporu nie są objęte wskazane okoliczności faktyczne.

Okoliczność, iż oferta Odwołującego się podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie została wzięta przez Izbę pod uwagę, bowiem postaje bez wpływu na ocenę poprawności decyzji Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Ponadto, wskazana okoliczność nie stanowi przedmiotu sporu.

Kolejnym warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie wdrożonego systemu zarządzania jakością, np. według normy ISO 9001 (pkt 5.2.2. lit. c SIWZ). W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku należało przedstawić dokument potwierdzający posiadanie systemu zarządzania jakością.

19

W ofercie Przystępującego znajduje się certyfikat wydany przez Centralne Biuro Obrotu Wierzytelnościami i Usług Gospodarczych „SCONTO” potwierdzający, iż „System Zarządzania Jakością wdrożony w wyżej wymienionej organizacji/firmie jest zgodny z wymaganiami normy PN-ISO 9001:2000 w zakresie robót budowlanych i usług projektowych oraz sprzedaży maszyn, pojazdów i urządzeń.

Odwołujący się podnosi, iż jedynym dokumentem potwierdzającym wdrożenie systemu jakości jest certyfikat wydany przez podmiot uprawniony. Zaś, przedstawiony dokument nie spełnia tych wymagań. Twierdzenia Odwołującego się są słuszne, jednakże nie przesądza to o fakcie niespełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Po pierwsze, zauważyć należy, że system zarządzania jakością to sposób, w jaki dana organizacja kieruje i steruje tymi działaniami biznesowymi, które mają związek z jakością oferowanego wyrobu czy usługi. Obecnie, podstawą do budowania systemów zarządzania jakością są dwie normy: ISO 9001 System zarządzania jakością – Wymagania oraz ISO 9004 System zarządzania jakością – Wytyczne doskonalenia funkcjonowania. Co istotne, normy ISO serii 9000 nie są to normy techniczne. Nie opisują parametrów, jakie powinny spełniać produkt lub usługa, lecz przedstawiają pewne zasady, których przestrzeganie może zapewnić odpowiednią jakość. Po drugie, nie ma obowiązku wdrożenia systemu zarządzania jakością. Decyzję w tym przedmiocie podejmuje kierownictwo firmy. Po trzecie, uzyskanie akredytowanej certyfikacji systemu jakości również nie jest obowiązkowe. Certyfikat stanowi potwierdzenie, że wdrożony system zarządzania jakością spełnia wymagania normy ustanowionej na forum międzynarodowym

Powyższe, dają podstawę do sformułowania następujących wniosków: każda firma ma możliwość wdrożenia systemu jakości. Modele zapewnienia systemu jakości mogą być różne. Opis jednego z nich stanowi norma ISO 9001. Fakt wdrożenia tego systemu może potwierdzać sama organizacja, ale też osoba trzecia. Certyfikacja systemu na zgodność z normą ISO 9001 nie jest wymogiem normy, choć często jest to narzędzie wykorzystywane w celu zwiększenia zaufania do produktów, czy też usług.

W tych okolicznościach należy stwierdzić, że sporny dokument w istocie nie jest certyfikatem wydanym przez akredytowaną jednostkę certyfikującą. Jednakże dokument ten potwierdza wdrożenie systemu zarządzania jakością. Odwołujący się nie przedstawił bowiem

żadnych dowodów na to, iż system zarządzania jakością nie został u Przystępującego wdrożony, zatem brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto, z faktu nieposiadania certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, w sytuacji w której nie istnieje obowiązek certyfikacji systemu, nie można wywieść wniosku, iż system nie został wdrożony. Zatem, przedstawiony dokument jest dokumentem wystarczającym, w świetle powoływanych postanowień SIWZ, do potwierdzenia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Fakt wdrożenia systemu

20

potwierdza dodatkowo przedstawiona na rozprawie uchwała zarządu Przystępującego. Przedstawione zaś na rozprawie certyfikaty, wydane przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji dla p. Artura Poradysz mogą jedynie uprawdopodobniać okoliczność, iż ww. posiadając wiedzę z zakresu systemów jakości i będąc wystawcą certyfikatu załączonego do oferty Przystępującego, był konsultantem ds. wdrożenia systemu tego systemu u Przystępującego. Jednakże okoliczność powyższa pozostaje bez wpływu na ocenę przedmiotowego dokumentu, a konsekwencji faktu spełniania spornego warunku.

Argumentacja Odwołującego się dotycząca procesu certyfikacji jest bezprzedmiotowa wobec braku wymogu legitymowania się certyfikatem wydanym przez akredytowaną jednostkę. Powołanie się na przepisy o systemie oceny zgodności jest bezprzedmiotowe, gdyż jak trafnie zauważył Zamawiający, przedmiotowa regulacja dotyczy zasad funkcjonowania systemu oceny zgodności z zasadniczymi i szczegółowymi wymaganiami dotyczącymi wyrobów. Zaś, formułowane zarzuty dotyczące fałszerstwa intelektualnego i wadliwego oznaczenia siedziby podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą nie ma znaczenia w niniejszej sprawie, co najwyżej może być podstawą do odpowiedzialności karnej osób winnych naruszeń.

Zakres przedmiotowego certyfikatu również nie budzi wątpliwości. Budowa składowisk odpadów i ich rekultywacja mieści się w zakresie robót budowlanych. Wobec powyższego, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, sformułowany w związku z zaniechaniem wykluczenia Przystępującego należy uznać za bezpodstawny.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosku Odwołującego się o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, gdyż przedmiotem dowodu w istocie byłyby regulacje prawne dotyczące systemu zgodności, a nie zagadnienia specjalistyczne.

Nie potwierdził się również zarzut nie dysponowania przez Przystępującego Kierownikiem budowy posiadającym 5-letnie doświadczenie zawodowe w tym zakresie. W istocie, z załączonego do oferty załącznika nr 4 nie wynikało wymagane doświadczenia zaproponowanego do pełnienia tej funkcji p. Roberta M.. Jednakże na wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 30 kwietnia 2009 r.), Przystępujący przestawił uzupełnione oświadczenie, na podstawie którego możliwe jest stwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu (pismo z dnia 4 maja 2009 r.).

Nietrafny jest również zarzut Odwołującego się, iż wskazana osoba nie posiada uprawnień do kierowania robotami hydrotechnicznymi. Zwrócić bowiem należy uwagę, że zakres uprawnień podlega ocenie na dzień ich wydania. Zgodnie z § 2 rozporządzenia MGPIB z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. u. z 1995 r., nr 8, poz. 38 z późn. zm.), w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania przedmiotowych uprawnień, z zakresu tychże uprawnień nie zostały wyłączone roboty hydrotechniczne. Powyższe znalazło odzwierciedlenie również w piśmie z dnia 26

21

czerwca 2009 r. skierowanym przez Dolnośląską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa do p. Roberta M. (pismo przedstawione na rozprawie). W tych okolicznościach, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie znalazł potwierdzenia.

W przedmiocie zaniechania odrzucenia ofert: Przystępującego, Haller S.A. i konsorcjum: Musing Sp. z o.o. i Griltex Polska Sp. z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż brak podstaw do stwierdzenia naruszenia w tym zakresie. Po pierwsze, należy zauważyć, iż ofertę należało sporządzić na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (pkt 9.1. SIWZ). Wskazani wykonawcy uczynili zadość przedmiotowemu

wymaganiu, stąd nieuprawnione jest twierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Okoliczność, iż w formularzu ofertowym wykonawcy nie wymienili dodatkowych robót ponad te, które zostały wymienione przez Zamawiającego, a które składają się na przedmiot zamówienia, pozostaje bez wpływu na dokonaną przez Izbę ocenę. Zamawiający bowiem nie wymagał od wykonawców jakiegokolwiek modyfikacji formularza ofertowego, wręcz przeciwnie wskazał, iż treść oferty ma odpowiadać przedmiotowemu wzorowi. Niewymienienie przez Zamawiającego robót związanych z budową, w tabeli służącej do skalkulowania ceny zamówienia oznacza, iż ten składnik ceny nie miał dla Zamawiającego istotnego znaczenia. Nie zwalniało to jednak z obowiązku uwzględnienia w cenie oferty przedmiotowych robót. W każdym razie, fakt ich nieuwzględnienia nie wynika z barku wskazania ich rodzajowo w formularzu oferty. Zaś, Odwołujący się nie przedstawił dowodu, iż którykolwiek z wykonawców skalkulował cenę oferty z pominięciem spornego składnika. W związku z powyższym, stwierdzić należy, iż Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia przedmiotowych ofert, w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, gdyż wbrew twierdzeniom Odwołującego się, w niniejszym postępowaniu nie doszło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu, jak również nie dokonano oceny ofert podlegających odrzuceniu.

Wobec faktu złożenia w niniejszym postępowaniu ofert nie podlegających odrzuceniu, nie istnieje przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Konsekwencją braku stwierdzenia wskazanych przez Odwołującego się naruszeń jest bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku poczynionych ustaleń uznać należy, iż nie zachodzą okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

22

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

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 ze zm.), uznając za uzasadnione koszy wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600,00 zł.

B. Sygn. akt KIO/UZP 896/09

W dniu 10 czerwca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego się, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i wnosząc o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego się, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i poprawienia w ofercie Odwołującego się nieistotnej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się.

Odwołujący się podnosi, iż zgodnie z punktem 4.2. SIWZ, Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia w terminie nie dłuższym niż 210 dni, licząc od dnia zawarcia umowy. Przy czym, termin wykonania zamówienia (a nie robót budowlanych) stanowił jedno z kryteriów oceny ofert, w ramach którego przyznawano punkty za skrócenie tego terminu. Zamawiający przyjął w przedmiotowym postępowaniu dwa kryteria oceny ofert: "cena" - waga 90% oraz "termin wykonania zamówienia" - waga 10%. W kryterium: "termin wykonania zamówienia wykonawcy mogli zaoferować termin podawany w dniach krótszy niż 210 dni. Zgodnie z punktem 13.2. SIWZ, Zamawiający przyjmie do oceny kryterium: termin wykonania zamówienia, zaoferowany przez wykonawców w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. W konsekwencji w załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający opracował dla wykonawców wzór oświadczenia, które należało wypełnić poprzez wpisanie liczby dni, w następujący sposób: „4. Wykonam przedmiot zamówienia w terminie nie dłuższym niż 210 dni tj. ... dni od zawarcia umowy (termin wykonania

zamówienia). Poniżej wymienione prace wykonam w następujących terminach: a) roboty budowlane w terminie ... dni od przekazania placu budowy, b) złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie przedmiotu umowy po ... dniach od przekazania placu budowy. " Zarzut Zamawiającego sprowadza się do tego, że w punkcie a) wpisano 180 dni od przekazania placu budowy nie uwzględniając, że Zamawiający ma dwa dni na przekazanie tego placu. W ocenie Odwołującego się, jest to okoliczność nie mająca żadnego znaczenia.

23

Zdaniem Odwołującego się, termin wykonania zamówienia nie jest sprzeczny z terminem określonym przez Zamawiającego jako maksymalny. Dodatkowo kryterium oceny ofert: "termin wykonania zamówienia" odnosi się do treści punktu 4 formularza ofertowego, a nie do któregoś z jego podpunktów, które mają charakter pomocniczy. Zamawiający zainteresowany jest skróceniem ogólnego terminu wykonania przedmiotu zamówienia, liczonego od dnia zawarcia umowy, a nie terminu wykonania robót budowlanych, który nie jest brany pod uwagę jako kryterium oceny ofert.

Wątpliwości Zamawiającego budzi jednak fakt, że Odwołujący się zaoferował wykonanie robót budowlanych także w terminie 180 dni, tyle, że liczonych od dnia przekazania placu budowy, co uwzględniając przysługujące Zamawiającemu dwa dni na przekazanie placu budowy może dawać faktycznie termin maksymalnie o 2 dni dłuższy niż zaoferowany dla wykonania całego przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do powyższego zarzutu Odwołujący się wskazuje na treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który powinien znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie, a którą to okoliczność potwierdza stanowisko UZP i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Nie ulega wątpliwości, że zamiarem Odwołującego się było złożenie ważnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, a podanie przez niego 180-dniowego terminu wykonania zamówienia jest zgodne z treścią SIWZ, gdyż termin ten mieści się w ramach terminu określonego dla wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego (210 dni). Zamawiający winien więc poprawić wskazany w pkt 4. lit a formularza ofertowego termin wykonania robót budowlanych (w ramach wykonywania całego zamówienia), wskazując, że skoro Odwołujący się zaoferował 180 dniowy termin wykonania całego zamówienia, to termin wykonania robót budowlanych musi mieścić się w ramach ww. 180 dni. Oznacza to, że wynosi on nie więcej niż 178 dni. Powyższa zmiana treści oferty Odwołującego się jest nieistotna z punktu widzenia skali zamówienia oraz różnicy w cenie oferty Odwołującego się (15.229.716,41 zł) i cenie oferty uznanej za najkorzystniejszą (15.734.050,87zł).

Na marginesie, Odwołujący się zwraca uwagę, że w dniu 27 kwietnia 2009 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego się pismo zawierające prośbę o wyjaśnienie treści jego oferty. W ww. piśmie Zamawiający wskazał jednak na wątpliwości dotyczące zadeklarowanego terminu złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie przed upływem terminu wykonania robót, co pismem z dnia 6 maja 2009 r. Odwołujący się wyjaśnił. W ww. wyjaśnieniach Odwołujący się potwierdził także wykonanie całego przedmiotu zamówienia przed upływem 180 dni od dnia zawarcia umowy.

W dniu 24 czerwca 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający podnosi, że ustawa Pzp co prawda nie definiuje co jest ofertą, ale odsyła w tej kwestii (poprzez regulację art. 14 ustawy Pzp) do przepisów Kodeksu cywilnego (k.c.). Stosownie zaś do przepisu art.

24

66 § 1 k.c. ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli zawiera ono istotne postanowienia tej umowy. Do takich istotnych postanowień (*essentialia negotii*) należą bez wątpienia terminy realizacji przedmiotu umowy, jak również terminy wykonania jej poszczególnych etapów, czy też czynności składających się na całość danego przedsięwzięcia, jeżeli zostały one przewidziane w umowie. To one bowiem, oprócz przedmiotu umowy, jak również wynagrodzenia, jeżeli jest ona odpłatna, są głównymi elementami, tworzącymi swego rodzaju „szkielet” węzła obligacyjnego łączącego strony. Wykonanie zobowiązania przez dłużnika w określonym terminie ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania. Dodatkowo, na znaczenie terminu realizacji zamówienia dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazują postanowienia SIWZ. W pkt 16. SIWZ Zamawiający określił, jakie

elementy należą do istotnych postanowień umowy. Wśród tych elementów znalazły się m.in.: termin wykonania przedmiotu umowy zgodny z terminem zaoferowanym przez wykonawcę w ofercie z uwzględnieniem m.in. następujących terminów węzłowych realizacji zamówienia: a) terminu wykonania robót budowlanych, b) złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie przedmiotu umowy oraz inne terminy, które strony uznają za zasadne (pkt 16.4. SIWZ). Oprócz terminu wykonania przedmiotu umowy (w tym wykonania robót budowlanych), do istotnych postanowień umowy, Zamawiający zaliczył termin przekazania placu budowy wykonawcy, tj. dwa dni od dnia zawarcia umowy (pkt. 16.6.2. SIWZ). Ponadto, jeden z aspektów terminu realizacji zamówienia stanowi w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert. W związku z powyższymi okolicznościami, trudno uznać, iż termin realizacji zamówienia, nie stanowi istotnego elementu oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający nie zgadza się z zawartymi w proteście twierdzeniami, że termin wykonania robót budowlanych, czy też termin złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, mają "charakter pomocniczy". Fakt, że terminy te nie stanowiły kryterium oceny ofert, w żaden sposób nie wpływa na to, że są to istotne elementy umowy, jaką zamierza zawrzeć z wykonawcą Zamawiający i stanowią tym samym treść oferty. Sam Odwołujący się przyznał w proteście, że jego oferta zawiera nieprawidłowości, jeżeli chodzi o terminy realizacji przedmiotu zamówienia i wykonania robót budowlanych.

Dodatkowo Zamawiający zauważa, że zaoferowanie jednakowych terminów wykonania przedmiotu zamówienia i wykonania robót budowlanych zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, przeniesienie ich do umowy, czyni w zasadzie niemożliwym wykonanie przez Odwołującego się przedmiotu zamówienia, zgodnie z zaoferowanymi terminami.

Znajdujących się w ofercie Odwołującego się nieprawidłowości, nie sposób uznać za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje, iż sam ustawodawca normując w art. 647 k.c. umowę o roboty budowlane zaliczył przekazanie

25

terenu budowy do istotnych elementów umowy o roboty budowlane (*essentialia negotii*). Z powyższego powodu nie może być mowy, aby zmianę terminu przekazania placu budowy wynikającego z SIWZ w ofercie Odwołującego się traktować w kategoriach omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od faktu, iż zmiana terminu wykonania zamówienia oraz (w tym przypadku) zmiana umownych postanowień, co do terminu wydania terenu budowy, nie może być uznawana za niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, to dodatkowo niemożność zastosowania w niniejszym przypadku przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika także z faktu, że przywołany przepis dotyczy jedynie omyłki, zaś z taką nie mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z jego literalną treścią, dotyczy poprawiania omyłek popełnionych w ofercie wykonawcy. Omyłka natomiast wedle treści tego pojęcia przyjętego w języku etnicznym normy prawnej (czyli w języku polskim) jest wadliwością niezamierzoną czyli błędem, którego podmiot, który dokonał danej czynności w istocie nie zamierzał zrobić. Jest ona wynikiem pewnej niedokładności czy braku należytej staranności w działaniu danego podmiotu. Tymczasem, podanie takich, a nie innych terminów realizacji przedmiotu zamówienia i wykonania robót budowlanych w ofercie Odwołującego się było działaniem w pełni celowym i zamierzonym. Okoliczność została bowiem wyraźnie przyznana przez Odwołującego się w pismach z dnia 6 maja 2009 r. i 18 maja 2009 r., będących wyjaśnieniami do treści oferty, o które to wyjaśnienia zwrócił się Zamawiający.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Interpretacja tego przepisu nie może być jednak dokonywana w oderwaniu od treści przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to zatem, że Zamawiający ma obowiązek poprawiania omyłek (abstrahując od tego czy omyłka, która powoduje niezgodność oferty z SIWZ nie powoduje istotnych zmian w treści oferty), ale tylko w sytuacji, gdy w sposób zbiegający jest w stanie tego dokonać. W ofercie Odwołującego się nie jest natomiast w stanie tego dokonać. Terminy wykonania robót budowlanych, jak również termin wystąpienia z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie, były równie ważnymi terminami, jak termin wykonania przedmiotu zamówienia. Stąd w sytuacji, gdy termin wykonania przedmiotu zamówienia oraz termin wykonania robót

budowlanych są jednakowe (180 dni), to Zamawiający nie jest w stanie w sposób obiektywny stwierdzić, który z tych terminów jest prawdziwy i wiążący. Nie można bowiem przyjąć sposobu poprawienia omyłki, który próbuje narzuć Odwołujący się. Odwołujący się bowiem dokonuje hierarchii terminów, przypisując moc wiążącą terminowi wykonania przedmiotu umowy. Tym samym wskazuje on, że Zamawiający winien poprawić termin wykonania robót budowlanych na 178 dni liczonych od przekazania placu budowy. Sposób, który

26

zaproponował Odwołujący się nie może być uznany jako obiektywny. Jest to sposób, który ma cechy czysto subiektywne i jest sposobem na potrzeby protestu.

Niezależnie od przywołanych już przyczyn odrzucenia, w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, złożenie przez Odwołującego się oferty w kształcie przewidującym wykonanie robót budowlanych w terminie późniejszym niż złożenie wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, powoduje także sprzeczność oferty z treścią SIWZ w zakresie założonej w SIWZ zgodności przyszłej umowy o roboty budowlane z uwarunkowaniami procesu inwestycyjnego wynikającymi z przepisów prawa publicznego, w tym w szczególności z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.).

Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący się w swojej ofercie zaoferował, że przedmiot zamówienia (czyli włącznie z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie) wykonają w terminie 180 dni od daty zawarcia umowy, zaś dalej wskazuje, że roboty budowlane wykonają w terminie 180 dni od przekazania placu budowy, wniosek o pozwolenie na użytkowanie przedmiotu umowy złożą po 120 dniach od przekazania placu budowy. Takie wykonywanie umowy o roboty budowlane zakłada sprzeczność z postanowieniami Pr. Bud. i ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2001, Nr 25, poz. 150 z późn. zm.), nie jest bowiem prawnie dopuszczalne, aby w dniu zakończenia wykonywania robót budowlanych posiadać już pozwolenie na użytkowanie obiektu budowlanego.

W 3 lipca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się podnosi, iż do *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane nie należy termin jej wykonania. Nie jest to żaden szkielet węzła obligacyjnego, ale tylko jeden z jego elementów. Skoro Zamawiający przyjął, że termin wykonania całego zamówienia stanowi jedno z kryteriów oceny ofert i nie może być on dłuższy niż 210 dni, a Odwołujący zaoferował termin 180 dni - to nie może być mowy o tym, że treść oferty nie odpowiada w tym zakresie treści SIWZ. Dopiero wskazanie poniżej, że roboty budowlane zostaną wykonane w 180 dni, czyli pominięcie w podanych obliczeniach 2 dni, które przysługują Zamawiającemu na wydanie placu budowy, jest w ocenie Odwołującego podręcznikowym przykładem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający celowo, na 4 stronie rozstrzygnięcia protestu, myli dwa terminy: "termin wykonania przedmiotu zamówienia" i "termin wykonania robót budowlanych" (w ramach wykonywania całego zakresu przedmiotu zamówienia), by dojść w końcu do wniosku, że "trudno uznać, iż termin realizacji zamówienia, nie stanowi istotnego elementu oferty wykonawcy". Tymczasem, są to bez wątpienia dwa różne terminy. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się nie ze względu na wadliwie podany "termin realizacji zamówienia" (czyli faktycznie "termin wykonania przedmiotu zamówienia"), bo w zakresie tego terminu nie

27

ma niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Przesłanką odrzucenia oferty było podanie terminu wykonania robót budowlanych (w ramach wykonywania przedmiotu zamówienia) z pominięciem dwóch dni na wydanie placu budowy, a to "trudno uznać za istotny element oferty wykonawcy".

Twierdzenia Zamawiającego zawarte w części (II) rozstrzygnięcia protestu (strona 5) również są chybione. Zamawiający próbuje wykazać, że skoro w przepisach o umowach o roboty budowlane wskazuje się na przekazanie terenu budowy jako na *essentialia negotii* tych umów, to nieuwzględnienie 2 dni, jakie zastrzegł sobie Zamawiający na wydanie tego placu stanowi istotną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Wniosek taki jest jednak niedopuszczalny w świetle znanych technik wnioskowań prawniczych. To, że wydanie placu budowy jest obowiązkiem Zamawiającego nie jest istotą sporu i nie jest kwestionowane

przez Odwołującego się. Nie ma to dla niego żadnego znaczenia. Nie jest to też przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego się.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, dotyczącymi tego czy Odwołujący się celowo i w sposób zamierzony złożył ofertę o określonej treści. Badanie i ocena ofert odbywa się bowiem na podstawie złożonej oferty, a nie na podstawie przypuszczeń, domniemań czy oceny zamiarów wykonawców. Oczywistym jest, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma zamiar złożyć ofertę w taki sposób, aby zamówienie uzyskać, a nie w taki sposób, aby oferta została odrzucona. W świetle powyższego wywody Zamawiającego w tym zakresie uznać należy za chybione. Podobnie w zakresie rozważań dotyczących art. 7 ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dysponuje on jednak wszelkimi danymi, koniecznymi dla poprawienia terminu w ofercie Odwołującego się. Podany jest termin wykonania całego zakresu zamówienia publicznego, podany jest także termin wykonania robót budowlanych, a czas na wydanie placu budowy wynika z SIWZ. W tej sytuacji, poprawienie treści oferty Odwołującego się jest kwestią dokonania prostych obliczeń matematycznych, dla których Zamawiający dysponuje wszelkimi danymi liczbowymi.

Rozważania dotyczące przepisów Prawa budowlanego, Prawa ochrony środowiska, itp. w zakresie terminu i zasad uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie nie znajdują zastosowania w stanie faktycznym sprawy. Po pierwsze, Zamawiający nie podnosił tych wątpliwości w uzasadnieniu faktycznym i prawnym decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego się. Po drugie, możliwe jest zakończenie budowy instalacji i urządzeń służących ochronie środowiska i złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie, przy jednoczesnym wykonywaniu dalszego zakresu prac koniecznych dla wykonania całego przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika wprost z art. 56 i 57 Pr. Bud.

28

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowisk stron, zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z pkt 4 SIWZ „wykonawca będzie zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie wynikającym ze złożonej oferty. Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia w terminie nie dłuższym niż 210 dni, licząc od dnia zawarcia umowy. Ze względów technicznych i ekonomicznych zamawiający będzie wymagał zaoferowania możliwie najkrótszego terminu realizacji zamówienia. Oferowany czas wykonania przedmiotu zamówienia będzie podlegał ocenie zamawiającego i jest jednym z kryteriów oceny ofert.” Termin ten należało określić w Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ), a ponadto należało wskazać terminy wykonania robót budowlanych i złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie przedmiotu umowy.

Odwołujący się w swojej ofercie określił termin wykonania zamówienia na 180 dni od dnia zawarcia umowy, taki sam termin zaoferował w odniesieniu do robót budowlanych, zaś dla złożenia przedmiotowego wniosku – 120 dni.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający zobowiązany jest do przekazania placu budowy w ciągu dwóch dni od dnia podpisania umowy, stwierdzić należy, iż zachodzi wewnętrzna sprzeczność między terminem wykonania zamówienia a terminem realizacji robót budowlanych.

Istota sporu między stronami sprowadza się do określenia charakteru wskazanego błędu. Sposób jego zakwalifikowania, determinuje bowiem dalsze działania Zamawiającego. Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia.

Na tle tak zarysowanego sporu rodzi się pytanie, czy wskazana rozbieżność, w istocie mieści się w zakresie pojęcia „omyłki”. Zamawiający stoi na stanowisku, iż skoro omyłka stanowi niezamierzony błąd, wynikający z niedokładności, to wobec treści pisma Odwołującego się z dnia 18 maja 2009 r., w którym przyznał, że z omyłką nie mamy do czynienia, analizowany błąd nie może być uznany za omyłkę. Jednakże, Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zaprezentowanego stanowiska. Wyciągnięcie przez Zamawiającego przedmiotowego wniosku stanowi duże uproszczenie i pozostaje w sprzeczności z okolicznościami faktycznymi niniejszej sprawy. Zauważyć bowiem należy, iż w piśmie z dnia 14 maja 2009 r., w którym Zamawiający zwraca się do Odwołującego się, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień, Zamawiający wskazuje, iż

„terminy dotyczące wykonania robót budowlanych i złożenia wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie, są w zasadzie niewykonalne biorąc pod uwagę zaoferowany przez Państwa 180-dniowy termin wykonania przedmiotu zamówienia”. Jednakże o powodach takiego twierdzenia, czyni wzmiankę, jedynie w odniesieniu do przedmiotowego wniosku. Informacja

29

ta zostaje przekazana w następujący sposób: „jednocześnie Zamawiający chciałby wskazać, że stosownie do przepisów znajdujących się w art. 56 i 57 Prawo budowlane, nie jest możliwe wystąpienie z wnioskiem o wydanie pozwolenia na użytkowanie, przed zakończeniem robót budowlanych”. Oznacza to, że Odwołujący się z treści przedmiotowego pisma powziął informację o przyczynach twierdzeń Zamawiającego w przedmiocie wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie i w tych okolicznościach Odwołujący się oświadczył, że z omyłką nie mamy do czynienia. Diametralnie inna sytuacja występuje zaś w zakresie terminu wykonania robót budowlanych. Skoro Odwołujący się nie uzyskał informacji w przedmiotowym piśmie, co do przyczyn niezgodności pomiędzy terminem realizacji zamówienia a terminem wykonania robót budowlanych, oznacza to, że w istocie Odwołujący się złożył wyjaśnienie w przedmiocie omyłek w okolicznościach, które występowały na etapie przygotowywania oferty, a więc według stanu wiedzy, którą Odwołujący się dysponował w tej fazie. Nie ulega zaś wątpliwości, że na tym etapie, Odwołujący się z własnej winy nie dysponował informacjami dotyczącymi terminu przekazania placu budowy. Wynika to bezpośrednio z treści pisma z dnia 18 maja 2009 r., gdzie Odwołujący się stwierdza: „Oferta ERBUDU w części dotyczącej terminów wykonania robót i wystąpienia z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie mogłaby być uznana jako zawierająca omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią SIWZ, tylko wówczas, gdyby nie określała tych terminów w ogóle lub gdyby terminy te były sprzeczne z terminem wykonania przedmiotu umowy. W SIWZ został bowiem określony warunek dotyczący wyłącznie nieprzekraczalnego terminu wykonania przedmiotu umowy /210 dnia/. W odniesieniu do pozostałych terminów /wykonania robót i wystąpienia z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie/ nie zostały sformułowane żadne wymagania i warunki”. W tych okolicznościach, nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, że oświadczenie Odwołującego się, iż w jego ofercie nie występują omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dowodzi, iż podane terminy są wynikiem celowego i zamierzonego działania. Wręcz przeciwnie, potwierdza to również dalszy tok postępowania oraz fakt, iż intencją każdego wykonawcy, co do zasady jest złożenie ważnej oferty. Dodatkowo, zwrócić należy uwagę, iż w całej korespondencji dotyczącej omyłek, Zamawiający kładzie ciężar swojej wypowiedzi na wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie. Pismo z dnia 27 kwietnia 2009 r. i odpowiedź z dnia 6 maja 2009 r., do której nawiązuje pismo z dnia 14 maja 2009 r., poruszają jedynie temat przedmiotowego wniosku. Powyższe, mogło w sposób mylący ukierunkować odpowiedź Odwołującego się. W tej sytuacji, w opinii Izby, nie ma wątpliwości, iż w analizowanym przypadku, mamy do czynienia z niezamierzoną wadliwością, która jest wynikiem pewnej niedokładności Odwołującego się. Powyższe wyczerpuje zaś pojęcie „omyłki”, które jest dokładnie zbieżne z rozumieniem Zamawiającego.

30

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając

wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela twierdzeń Zamawiającego, iż zakwalifikowanie określonych elementów umowy do jej *essentia negotii*, uniemożliwia skorzystanie z regulacji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Gdyby taka była intencja ustawodawcy, biorąc pod uwagę jego racjonalność, z pewnością znalazłoby to odzwierciedlenie w treści wskazanego przepisu. Dotychczasowego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej również nie potwierdza stanowiska Zamawiającego. Wielokrotnie Izba dopuszczała bowiem możliwość, w ramach przedmiotowego przepisu, ingerencji w istotne postanowienia umowy, takie jak chociażby cena, czy przedmiot zamówienia. W tej sytuacji rozważania Zamawiającego dotyczące istotnych elementów umowy o roboty budowlane oraz postanowień SIWZ dotyczących tego zakresu nie mają rozstrzygającego znaczenia dla niniejszego sporu.

O istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy. W niniejszym stanie faktycznym wiodący charakter ma termin realizacji zamówienia i ten w ofercie Odwołującego się jest zgodny z postanowieniami SIWZ. Termin wykonania robót budowlanych jest jego składową i nie podlega nawet ocenie. Zatem, jego poprawienie nie wpłynie na wynik postępowania i nie polepszy sytuacji Odwołującego się wobec innych wykonawców. Nie ma więc obawy, na co wskazuje Zamawiający, że zostanie naruszony przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższych względów, a więc z faktu, iż termin wykonania zamówienia ma podstawowe znaczenie, a pozostałe terminy jako jego elementy muszą się mieścić w jego

31

zakresie (termin wykonania zamówienia stanowi ograniczenie dla pozostałych terminów), należy wyprowadzić wnioski, że należy dokonać poprawienia terminu wykonania robót budowlanych. Ponadto, poprawieniu podlega błędny zapis. W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne jest, że omyłką obarczony jest pkt 4a formularza ofertowego. Wobec powyższego, za nieuzasadnione należy uznać twierdzenie Zamawiającego, iż budzi wątpliwości, którą część powołanego pkt 4 należałoby poprawić. Zaś, sposób poprawienia pkt 4a zdeterminowany jest treścią SIWZ (termin przekazania placu budowy), a nie wolą Odwołującego się. Wbrew więc twierdzeniom Zamawiającego, obiektywizm Zamawiającego w tym zakresie nie mógłby być w żaden sposób podważany.

Konkludując, w opinii Izby przedmiotową sytuację należy zakwalifikować jako omyłkę, gdyż mając na uwadze postanowienia SIWZ, łatwo zauważyć, iż nie przewidziano czasu na przekazanie placu budowy. W istocie przyznać należy rację Zamawiającemu, iż omyłkę stanowi jedynie błąd widoczny na pierwszy rzut oka, jednakże błędu tego nie można oceniać tak jak omyłki rachunkowej czy pisarskiej, który niezależnie od kontekstu sytuacyjnego jest łatwo dostrzegalny. Za omyłkę z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może być uznany błąd, który jest co prawda oczywisty, ale w kontekście postanowień SIWZ. Ponadto, błąd ten nie może być istotny. W warunkach niniejszego postępowania za taki należy uznać postanowienia pkt 4 lit. a oferty Odwołującego się. Należy bowiem zauważyć, iż jego poprawienie nie wpłynie w sposób istotny na treść oferty. Istotnym postanowieniem umowy jest bez wątpienia termin realizacji zamówienia i ten został określony w sposób odpowiadający postanowieniom SIWZ. Zaś, pozostałe dwa terminy mają charakter pomocniczy i co istotne stanowią konsekwencję określenia terminu wykonania zamówienia. W związku z powyższym, skoro stanowią konsekwencję wskazanego zapisu, który bez wątpienia ma charakter wiodący powinny być dostosowane do niego. Zatem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie budzi wątpliwości, iż poprawieniu podlega termin określony w lit. a. Poprawienie tego terminu w sposób istotny nie wpłynie na treść oferty, gdyż termin wykonania zamówienia nie ulegnie zmianie, pozwoli jednakże na usunięcie występujących rozbieżności. Zaniechanie w tym względzie doprowadziłoby do odrzucenia oferty, z powodu drobnej nieścisłości, której pojawienie się było wynikiem pozostawiania Odwołującego się w błędzie, co do postanowień SIWZ, w przedmiocie terminu przekazania placu budowy, a nie świadomym zamierzeniem. Nie ulega wątpliwości, iż intencją Odwołującego się było złożenie oferty prawidłowej.

Zatem, w wyniku poprawienia omyłki dojdzie jedynie do korekty oświadczenia Odwołującego się, poprzez usunięcie wewnętrznej sprzeczności w pkt 4 formularza

ofertowego. W żadnym razie nie dojdzie do uzupełnienia oświadczenia, czy też złożenia nowego oświadczenia.

Argumentacja Zamawiającego dotycząca procesu inwestycyjnego, a szczególności uwarunkowań wynikających z Pr. Bud. i regulacji dotyczących ochrony środowiska pozostaje

32

bez wpływu na dokonaną ocenę. W istocie bowiem wskazuje na konsekwencje pozostawienia terminów, o których mowa w pkt 4 formularza ofertowego, w pierwotnym brzmieniu. Tymczasem, powyższe nie stanowi istoty sporu. Natomiast, termin dotyczący złożenia wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie nie był przez Zamawiającego kwestionowany, a zatem w ogóle nie jest objęty przedmiotem niniejszego sporu. W tych okolicznościach wszelkie dowody powoływane przez Odwołującego się w tym zakresie, są bezprzedmiotowe.

Jedyną okolicznością, która mogłaby wpłynąć na przyjęcie poglądu Zamawiającego za słuszny, to sytuacja, w której Odwołujący się nie wyraziłby zgody na poprawienie omyłki. W niniejszej sprawie z sytuacją powyższą nie mamy do czynienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Zamawiający omyłki nie poprawił, a tym bardziej nie objaśnił, czego jest skutkiem. Ponadto, znamieny w niniejszej sprawie jest fakt, iż sam Zamawiający pierwotnie kwalifikuje niniejszą sytuację, jako okoliczność, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z niewiadomych przyczyn wycofuje się ze swojego stanowiska, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego się .

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

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 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3600,00 zł.

33

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

34