

**Sygn. akt KIO/UZP 293/09,**

**KIO/UZO 294/09**

**WYROK**

**z dnia 25 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Anna Majstrowicz  
Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 marca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **13 marca 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**

**B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Bielsko-Biała, Plac Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** protestów:

**A. SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa z dnia 13 lutego 2009 r.,**

**B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa z dnia 16 lutego 2009 r.,**

– przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 293/09 po stronie zamawiającego,

– przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 294/09 po stronie odwołującego się,

**orzeka:**

**1A. Oddala odwołanie SKANSKA S.A.**

**1B. Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A. i nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Bielsko-Biała, Plac Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** oraz **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** 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 **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa.,**
  - B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Gminę Bielsko-Biała, Plac Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 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 trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**
  - B** kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Urząd Gminy Bielsko-Biała prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę hali wielofunkcyjnej -sportowo, widowiskowo, wystawienniczej przy Alei Armii Krajowej (rejon ul. Karbowej) w Bielsku-Białej”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 8 listopada 2008 roku pod numerem 2008/S 218-290481.

Dnia 5 lutego 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

### **293-09**

Dnia 13 lutego 2009 roku (pismo z dnia 12 lutego 2009 r.) Wykonawca – **SKANSKA S.A.** wniósł protest na:

- czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty firmy: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. (zwane dalej BPBP)
  - zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.,
  - zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. oraz Acciona Infrastructures S.A. Alcobendas,
  - zaniechanie czynności wykluczenia firmy: Budimex Dromex S.A.,
  - zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Budimex Dromex S.A
  - zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę: Skanska S.A.
- Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w prowadzonym postępowaniu przetargowym:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3; art. 22 ust. 1 pkt 2); art.24 ust.1 pkt 10) w zw. z art. 24 ust.2 pkt 2) i art. 24 ust. 4; art.89 ust.1 pkt-y) 1, 2,4, 5 i 8 i art.91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. nr 223, poz. 1655 tekst jednolity z późno zm.), oraz
- 2) art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), oraz

3) art. 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego oraz z ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim – (Dz. U. z 1994r., nr 84, poz. 386 z późno zm.) i w związku z tym wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty firmy: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.,
- ponowną ocenę ofert,
- odrzucenie oferty złożonej przez firmę: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.,
- odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. oraz Acciona Infrastructures S.A. Alcobendas,
- wykluczenie z postępowania przetargowego firmy: Budimex Dromex S.A.,
- odrzucenie oferty złożonej przez firmę: Budimex Dromex S.A.,
- wybór w postępowaniu przetargowym jako najkorzystniejszej oferty firmy: SKANSKA S.A.

Dnia 16 lutego 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 19 lutego 2009 roku wykonawcy: Budimex Dromex S.A. oraz konsorcjum Mostostal przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający, dnia 25 lutego 2009 roku protest oddalił.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 6 marca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad i warunków udzielenia zamówienia publicznego, w tym:

- 1) art. 7 ust. 1; art. 89 ust.1 pkt-y) 2-4 i art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, oraz
- 2) art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podtrzymując swoją argumentację zawartą w proteście Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie części zarzutów przedstawionych w proteście (dot. kwestii oznaczonych pod lit. c), d), e) protestu) w stosunku do Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego SA, tj. w zakresie określonym w niniejszym odwołaniu;

2. uwzględnienie części zarzutów przedstawionych w proteście w stosunku do Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. (dot. kwestii oznaczonych pod lit.: a), b) i c) protestu), tj. w zakresie określonym w niniejszym odwołaniu;
3. uwzględnienie części zarzutów przedstawionych w proteście Skanska S.A. w stosunku do Budimex Dromex S.A. (dot. kwestii poruszonych w pkt 2 lit. b), c), d) e) i f) protestu). tj. w zakresie określonym w niniejszym odwołaniu;
4. uwzględnienie przedmiotowego odwołania;
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz odrzucenia ofert Wykonawców: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego SA, Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras SA oraz do Budimex Dromex S.A. w związku z faktem, iż ich treść nie odpowiada treści SIWZ;
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący podtrzymał dotychczasowe żądania w następującym zakresie i odpowiednio do Wykonawców:

**I. Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.** (zwane dalej: BPBP S.A.)

a) w Kosztorysie ofertowym, w Przedmiarze Robót "Instalacja Wentylacji" w pozycjach 213, 214, 225, 226, 235, 243, 251, 259 (dot. siłowników klap pożarowych) BPBP SA zaoferowała inny materiał niż oczekiwał Zamawiający tj. siłowniki 24V zamiast: siłowniki 230V. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego (Odpowiedź nr 6 z dnia 02 stycznia 2009r., do zestawu pytań nr 80, Rozdział IV -Roboty Instalacyjne Mechaniczne), Zamawiający raz jeszcze wyjaśnił i jednocześnie oczekiwał, że Wykonawcy zmienią opis przedmiaru na "siłowniki 230V", pisząc: "Zgodnie z udzieloną odpowiedzią nr 21 z zestawu 41: "w pozycjach przedmiaru 213,214, 225, 226, 235, 243, 251, 259 należy uwzględniać siłowniki zgodne z wydanymi w projekcie czyli 230V", czyli zmienić opis przedmiaru na "siłowniki 230V". " Tym samym Zamawiający oczekiwał, że w Przedmiarze Robót Instalacja Wentylacji w pozycjach 213, 214, 225, 226, 235, 243, 251, 259 (dot. siłowników klap pożarowych) oferenci zmienią siłowniki z: "siłowniki 24V" na: "siłowniki 230V". Kosztorys ofertowy przedłożony do oferty przez BPBP SA nie uwzględnia ww. zmiany w pozycjach 213, 214, 225, 226, 235, 243, 251, 259, co oznacza nie tylko, że treść oferty BPBP S.A. nie odpowiada treści SIWZ, ale również daje podstawę do twierdzenia, że BPBP S.A. wyceniła nie takie elementy jak oczekiwał Zamawiający.

Zamawiający w uzasadnieniu do rozstrzygnięcia protestu stwierdził, że zgodnie z obowiązującymi przepisami poprawił w ofercie omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o czym poinformował Wykonawcę (tj. BPBP SA) i na co tenże Wykonawca wyraził zgodę. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie ma prawa na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, na który to artykuł powołał się w piśmie z dnia 27 stycznia 2009r. skierowanym do BPBP SA wprowadzania zmian jw. w treści Kosztorysu ofertowego Wykonawcy.

Powyższe znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów np. wyrok z dnia 10 lipca 2008 r. (KIO/UZP 648/08), gdzie w pkt 1 orzeczono: "Wyjaśnienia miały służyć nie modyfikacji ofert, ale zamawiającemu w celu uniknięcia sytuacji nieprawidłowego odrzucenia oferty, jeśli dane są w niej zawarte tylko przedstawione w nieczytelny dla zamawiającego sposób. Takiego prawa z mocy art. 87 ust. 1 p.z.p. nie można zamawiającemu odmówić."

We wskazanej powyżej sytuacji dane przedstawione przez BPBP S.A. zostały zawarte w sposób jasny i czytelny i pozostają one w sprzeczności z wymogami zawartymi w SIWZ, w tym powołaną powyżej odpowiedzią nr 6 Zamawiającego.

W związku z powyższym, już na tej podstawie Odwołujący uważa, iż oferta BPBP S.A. winna być odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

**b)** Odwołujący nadal zarzuca wybranej ofercie niezgodność wyceny ze SIWZ polegającą na braku wyceny kilkudziesięciu pozycji, gdzie w miejscu, w którym powinna być wskazana cena jednostkowa jest 0,00 zł. Powyższe braki występują w zakresie "Instalacji Wentylacji" w Zestawieniu Materiałów będącego częścią Kosztorysowego i dotyczą pozycji: 34, 39, 40, 44, 53 do 67,70 do 73, 117, 118, 124 do 128, 138 do 142, 249 do 252,255, 256, 258.

Podkreślił, że w toku zadawanych pytań i udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi doprecyzowana została zawartość kosztorysów, w tym minimalny zakres "zestawienia materiałów" o którym mowa w Części VI pkt 1.2 SIWZ. W odpowiedzi na pytanie 20 z dnia 04 grudnia 2008 r. Rozdział I - Specyfikacja i Umowa do zestawu pytań nr 7.1. Zamawiający uznał za wystarczające zamieszczenie listy materiałów "niezbędnych do wykonania inwestycji wraz z podaniem ich cen jednostkowych". Odwołujący w tym miejscu zaznacza, iż nie wycenione przez BPBP S.A materiały są niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia w celu prawidłowego funkcjonowania Hali wielofunkcyjnej. W świetle powyższego uznał, że brak wyceny ww. pozycji należy potraktować jako:

- opracowanie Kosztorysu ofertowego niezgodnie z wymogami Części VI pkt 1.2 SIWZ tj. Zestawienie Materiałów nie zawiera cen w kilkudziesięciu pozycjach;
- zaoferowanie innego świadczenia niż będące przedmiotem zamówienia (niezgodność z Częścią III lit. A SIWZ);
- cena oferty BPBP S.A. nie uwzględnia wszystkich elementów składowych jakie będą niezbędne do zrealizowania zamówienia (Część XII pkt 1 SIWZ);
- cena oferty nie uwzględnia wszystkich czynności i robót, które są niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia w celu prawidłowego funkcjonowania hali wielofunkcyjnej (Część XII pkt 6 SIWZ) oraz,
- nie spełnia również jednej ze swoich ról jaką oczekiwał Zamawiający, że będzie spełniać, a mianowicie nie posłuży mu do ustalenia ceny materiałów ewentualnych robót dodatkowych (nie odpowiada treści SIWZ w Części XII pkt 7 oraz Umowie -wzór umowy stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ),

Zaskakującym jest przy tym stanowisko BPBP SA, gdzie w piśmie wyjaśniającym z dnia 29 stycznia 2009 r. skierowanym do Zamawiającego BPBP SA w pkt 2 stwierdza: *"Konsekwencją bezkosztowych dostaw, o których mowa powyżej (tj. w pkt 1) pozycje materiałowe (...) mają w zestawieniu zerową cenę jednostkową (...)"* w przywołanym zaś pkt 1. BPBP S.A. pisze: *„(...) jednoznacznie podtrzymujemy wykonanie tych robót po zerowej cenie jednostkowej w zakresie rzeczowym i ilościowym, ujętym w naszym kosztorysie. Wynika to z uzgodnionej oferty z naszym podwykonawcą."*

Stanowisko BPBP SA zawarte w ww. piśmie zostało przyjęte przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Powyższe, w żadnej mierze zdaniem Odwołującego nie stanowi wyjaśnienia w zastosowaniu zerowej ceny jednostkowej i to w tak wielu pozycjach materiałowych. Tym bardziej, że np. w przypadku:

- poz. 117 jest to centrala wentylacyjna konkretnego typu; Gold firmy SWEGON (wymóg Zamawiającego), a wartość nie wycenionej centrali wynosi ok. 50 tys. zł.;
- poz. 208, 220 są to osuszacze typu MX7600, które wg dokumentacji przetargowej winny być np. firmy Monters lub DST, a osuszacze firmy Monters, które wybrało BPBP SA wpisując je do swojej oferty (szt. 2) kosztują ok. 300 tys. zł i co również należy podkreślić tylko te dwa urządzenia mają być dostarczane przez tą firmę, trudno więc uznać, że będą dostarczone za 0,00 zł. Co więcej przytoczone przez BPBP SA argumenty w opinii Odwołującego, a tym samym sama oferta złożona przez BPBP S.A. stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez BPBP S.A.



jest "sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców", co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Jedynym odstępstwem pozwalającym na przyjęcie ceny jednostkowej równej "0" zgodnie z np. odpowiedzią Zamawiającego nr 1 z dnia 23 grudnia 2008r. do zestawu pytań nr 63 jest sytuacja, gdy jednocześnie wykonawca doda komentarz określający lokalizację wyceny, a tego BPBP SA również nie uczyniła.

Na podstawie powyższego, należy uznać, iż oferta BPBP S.A. winna być odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

c) Odwołujący nadal zarzuca wybranej ofercie niezgodność ze SIWZ (Część VI pkt 1.2; Część XII pkt 1) w zakresie "Instalacji Elektrycznych wewnętrznych - Hala" (pozycje dot. końcówki kablowej 120 mm<sup>2</sup> oraz końcówki kablowej 70 mm<sup>2</sup>) oraz w zakresie: Przyłącze elektryczne + Agregat + oświetlenie zewnętrzne" (pozycje dot. konstrukcje wsporcze o masie 10 do 25 kg, Olej napędowy do silników luzem oraz Olej wrzecionowy lekki).

W Zestawieniu Materiałów, będącego częścią Kosztorysu ofertowego, brak jest ww. 5 pozycji. Zgodnie z Częścią VI pkt 1.2 SIWZ: „(...) Kosztorys uproszczony winien zawierać ilość robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z cenami) i tabele elementów scalonych, w której będą wyszczególnione składniki ceny - rg, kp, zysk.” Tym samym opracowana przez Wykonawcę oferta jest niegodna z wymogami SIWZ.

Dodatkowo wskazał, że wyjaśnienie BPBP SA (z dnia 19.02.2009r.) przyjęte przez Zamawiającego w zakresie dot. "Instalacji Elektrycznych wewnętrznych -Hala" jest błędne, ponieważ końcówki kablowe 70 mm<sup>2</sup> nie są ani równorzędne ani tożsame z końcówkami 2KA-120 mm<sup>2</sup>. Końcówek kablowych 70 mm<sup>2</sup> nie można w żadnym przypadku zastąpić końcówkami 2KA-120 mm<sup>2</sup>. Wg wyjaśnienia, BPBP SA, w kosztorysie dla pozycji nr 21 "Montaż końcówek przez zaciskanie", która dotyczy kabla YKY 5x 70 mm<sup>2</sup> z pozycji 20 tego kosztorysu, stosuje końcówki 2KA-120 mm<sup>2</sup>. Jest to niedopuszczalne ze względów technicznych. Dla kabla o przekroju żył 70 mm<sup>2</sup> nie wolno stosować końcówek o przekroju 120 mm<sup>2</sup>.

Wyjaśnienia technicznego, w kontekście błędnego "tłumaczenia się" BPBP SA (ww. pismo z dnia 19.02.2009r.) z braku wyceny kilku pozycji materiałowych, wymagają również kwestie zawarte w Zestawieniu Materiałów w zakresie dot.: Przyłącza elektrycznego + Agregat + oświetlenie zewnętrzne" materiał o nazwie "konstrukcje wsporcze o masie 10 do

25" odnosi się do następujących pozycji Kosztorysu ofertowego: nr 1.7 "Ustawienie w gotowym wykopie części fundamentowej stacji ... ", nr 1.8 "Ustawienie na fundamencie bryły głównej stacji ... ", nr 1.9 "Montaż dachu stacji transformatorowej ... ", 1.14 "Ustawienie transformatorów lub dławików na napięcie do 30 kV ....", natomiast Wykonawca wyjaśnia, że materiał ten ujął w pozycjach Zestawienia Materiałów:

- Rozdzielnica ŚN PP typu MRw-bs 20/2x1600-3", która to pozycja odnosi się do pozycji Kosztorysu ofertowego nr 1.16 "Dostarczenie stacji transformatorowej typu ... ";
- "Transformator żywiczny 160A", która to pozycja odnosi się do pozycji Kosztorysu ofertowego nr 1.17 "Dostarczenie transformatora 1600 kVA".

Materiał "olej napędowy do silników luzem" odnosi się do pozycji Kosztorysu ofertowego nr 5.6 "Uruchomienie i próby zespołu prądowórczego 550 kVA", natomiast BPBP S.A. w ww. piśmie z dnia 19.02.2009r. wyjaśnia, że materiał ten ujął w pozycji Zestawienia Materiałów "Agregat Prądowórczy 550kVA/440kW", która to pozycja odnosi się do pozycji Kosztorysu ofertowego nr 5.2 "Dostawa Agregatu Prądowórczego 550kVA" . Podobnie materiał "olej wrzecionowy lekki" odnosi się do pozycji Kosztorysu ofertowego nr 5.5 "Przeгляд techniczny zespołu prądowórczego 550 kVA" i pozycji nr 5.6 "Uruchomienie i próby zespołu prądowórczego 550 kVA", natomiast BPBP SA wyjaśnia, że materiał ten ujął w Zestawieniu Materiałów w pozycji: "Agregat Prądowórczy 550kVA/440kW" Tak opracowane przez BPBP SA Zestawienie Materiałów nie spełnia również jednej ze swoich ról jaką oczekiwał Zamawiający, że będzie spełniać (nie odpowiada treści SIWZ w Części XII pkt 7 oraz Umowie -wzór umowy stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ), a mianowicie nie posłuży mu do ustalenia ceny materiałów ewentualnych robót dodatkowych.

Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Zespołu Arbitrów: "Przy ocenie spełniania warunków Zamawiający ma obowiązek kierowania się zapisami SIWZ" (wyrok z dnia 25.07.2008r.; KIO/UZP 714/08) „... to zamawiający - zgodnie z ustawą - określa i formułuje warunki udziału w postępowaniu, w granicach, które uzna za adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz w zakresie, który uzna za niezbędny do zapewnienia bezpiecznego, rzetelnego czy sprawnego wykonania zamówienia przez wykonawcę." (wyrok z dnia 22.01.2009r., KIO/UZP 12/09) ponadto, wyrok z dnia 14.08.2008r., KIO/UZP 795/08): "Przy wynagrodzeniu kosztorysowym musi zachodzić pełna zgodność kosztorysu ofertowego, tak w zakresie opisu wszystkich pozycji, w tym zastosowanych materiałów, jak i tożsamej ilości jednostek przedmiarowych."

Powyżej przedstawiona przez Odwołującego argumentacja w jego opinii jednoznacznie wskazuje, iż oferta BPBP S.A. jako niezgodna ze SIWZ i jako taka winna być odrzucona w

oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

## **II. Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. oraz Acciona Infrastructures S.A.:**

a) Odwołujący zarzuca Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA zastosowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia a powyższe odnosi zarówno do poszczególnych pozycji Kosztorysu ofertowego ww. oferenta, do całej wartości robót w zakresie konstrukcji dachu (poz. 209-212), jak i wartości całego oferowanego zamówienia. Powyższe wnioskowanie zaś Odwołujący opiera nie tylko poprzez porównanie cen z tymi, które sam zaproponował, ale również pozostali oferenci tych, które zawarte są w ogólnie dostępnych publikacjach (np. ORGBUD) jak i tymi, które funkcjonują na rynku.

W Kosztorysie ofertowym Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA w zakresie konstrukcji dachu, która składa się z 4 pozycji:

- poz. 209 -dostawa i montaż konstrukcji dachu z drewna klejonego;
- poz. 210 -dostawa i montaż elementów Łącznikowych i stalowych konstrukcji dachu;
- poz. 211 -zabezpieczenie p.poz. konstrukcji stalowej;
- poz. 212 -zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowej

Wyjściowym, przy ocenie kwalifikacji oferty Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA jako zawierającej rażąco niską cenę są pozycje 210, 211 i 212 Kosztorysu ofertowego obejmujące: Dostawę i montaż elementów łącznikowych i stalowych konstrukcji dachu, zabezpieczenie p.poz. i antykorozyjne tej konstrukcji. Zgodnie z dokumentacją w pozycji 210 należało wycenić dostawę i montaż ok. 99 953,00 kg różnego rodzaju ocynkowanych wyrobów ze stali służących do scalania i montażu elementów konstrukcji z drewna klejonego oraz 8 625 mb stalowych lin o średnicy 42 mm, co stanowi dodatkowe ok. 64 020 kg. Łączna masa wyrobów stalowych, jakie należało wycenić w tej pozycji to 163 973 kg czyli prawie 164 tony. Co prawda Zamawiający w odpowiedzi nr 10B z dnia 18 grudnia 2008r. do zestawu pytań nr 52 dopuścił pewną dowolność w wycenie pozycji 210, zezwalając na wycenę całej konstrukcji dachu w pozycji 209, przy jednoczesnym wpisaniu w cenie pozycji 210 wartości "0", ale równocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 23 grudnia 2008 r. Rozdział II - Budowlana do zestawu pytań Nr 63 (dowód wskazany wcześniej) Zamawiający wprowadził ogólną zasadę wymagającą we wszystkich pozycjach dla których przyjęto wartość „0” dopisania stosownego komentarza informującego gdzie w kosztorysie zlokalizowana jest wycena tego elementu.

Ponieważ Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures S.A. w ww. poz. 210 nie przyjęło wartości "0", a co za tym idzie nie wprowadziło stosownego komentarza - co uczyniło np. w poz.211 i 212 - należy przyjąć, że pozycja 210 kosztorysu stanowi całość wyceny tego elementu robót i to - jak wynika z komentarza przy pozycji 211 i 212 - Łącznie z zabezpieczeniem p.poż (pozycja 211) i antykorozyjnym (pozycja 212). Ww. pozycję 210 (a de facto sumę pozycji 210 - 212) kosztorysu Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA wyceniło na kwotę 6.994,21 zł czyli nieco powyżej 4 gr za 1 kg. Wg ogólnie dostępnych publikacji (np. wydawnictwo ORGBUD) średnia cena różnych drobnych wyrobów wykonywanych ze stali wynosiła w IV kwartale 2008 r. 7,30 zł/kg do 10,07 zł/kg a cena minimalna 6,40 zł/kg czyli ok. 160 razy więcej niż cena przyjęta w ofercie firmy Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA

Porównując ceny pozycji 210 - 212 zawarte w ofercie Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA do cen pozostałych oferentów stwierdzić należy, że cena Konsorcjum firm Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA w tych pozycjach stanowi ok. 0.4% średniej wartości cen w pozycjach 210 - 212 pozostałych oferentów. Idąc zaś dalej cena oferty Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA w zakresie całej konstrukcji dachu (poz. 209 - 212) jest ponad 3 razy mniejsza od średniej ceny tejże konstrukcji dachu jaką zaproponowali pozostali oferenci. W tym miejscu Odwołujący odniósł się do wpływu tak podanej ceny na wartość całego zamówienia, wg wyceny Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA cena konstrukcji dachu (pozycje 209-212) stanowi 3.22% wartości całej oferty Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA, gdy dla pozostałych oferentów ten udział stanowi od 9 - 12% wartości całości ofert. Gdyby doliczyć do oferty Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA różnicę w średniej wartości całości dachu (wyliczonej na podstawie ofert na kompletną konstrukcję dachu poz. 209 - 212 pozostałych oferentów) oferta Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA byłaby ok. 5,8 mln. zł wyższa, a od najniższej oferty na całość dachu, którą zaproponowała firma Budimex Dromex SA byłaby wyższa o ok. 4,2 mln. zł., a jako taka kwalifikowałyby się przy ocenie ofert na pozycji zdecydowanie dalszej - za oferta Odwołującego się, co przy odrzuceniu ofert pozostałych Wykonawców (zajmujących pozycje przed Odwołującym) doprowadziłoby do uznania jako najkorzystniejszej oferty opracowanej przez Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący przedstawił i jednocześnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa oferty (ceny rynkowe), które uzyskała na dostawę i montaż konstrukcji dachu. Z powyższych ofert wynika, że są one ok. 3,5 razy wyższe niż cena Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA za wykonanie kompletnej konstrukcji dachowej. Sama dostawa i montaż konstrukcji drewnianej (poz. 209) jest wyższa od ceny Konsorcjum firm Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures S.A. MOSTOSTAL ponad 2 razy. Ponadto, należy zauważyć, że z uwagi na stopień złożoności konstrukcji, jej gabaryty, geometrie oraz wymagania materiałowe nie każda z firm zajmująca się konstrukcjami z drewna klejonego jest w stanie wykonać, a co za tym idzie przygotować ofertę na wykonanie takich elementów.

W poz. 211 i 212 Konsorcjum firm Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA skorzystało z dopuszczonej przez Zamawiającego możliwości wstawienia wartości pozycji 0,00 z jednoczesnym komentarzem podającym lokalizację wyceny tych elementów. Jednocześnie z uwagi na fakt, iż w Zestawieniu Materiałów Konsorcjum firm Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA nie umieściło materiałów niezbędnych do wykonania zabezpieczeń p.poż konstrukcji stalowej, należy przypuszczać, że Konsorcjum firm Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures S.A. pominęło w wycenie zabezpieczenie p.poż. konstrukcji stalowej. W ten sposób opracowana oferta pozostaje również w sprzeczności z Częścią VI pkt 1.2 (Kosztorys ofertowy miał się składać m.in. z Zestawienia Materiałów wraz z cenami) i Częścią XII pkt 1 i pkt 6 SIWZ (w cenie oferty należało uwzględnić wszystkie czynności i roboty, które są niezbędne do należytego wykonania przedmiotu umowy w celu prawidłowego funkcjonowania hali wielofunkcyjnej). Cena zadania „Budowa hali wielofunkcyjnej -sportowo, widowiskowo, wystawienniczej przy Alei Armii Krajowej w Bielsku-Białej” nie jest ceną ryczałtową, ale kosztorysową, a tym samym sposób jej obliczenia nie pozostaje bez wpływu na cenę całości zadania, a co za tym idzie ma istotny wpływ na ocenę prawidłowości, w tym zgodności ze SIWZ, sporządzenia oferty. Gdyby Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA zastosowało ceny zbliżone do cen rynkowych, tak jak to zrobili pozostali oferenci, wówczas cena zaproponowana przez Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA kwalifikowałaby jego ofertę na pozycji dalszej niż oferta Skanska SA, a zatem dodatkowo (zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych) należy tu podkreślić naruszenie istnienia interesu prawnego wnoszącego Odwołanie w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący, odnosząc się zaś do stanowiska Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA wyrażonego w piśmie z dnia 20 lutego 2009r. przyjętego przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, stwierdził, że z kontekstu całości orzeczeń zarówno SO w Poznaniu (sygn. akt II Ca 2194/05), jak i Zespołu Arbitrów (UZP/ZO/O-611/05 i UZP/ZO/O-2209/05) zostały "wyrwane" twierdzenia Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA dot. (...) *braku możliwości przyjęcia, że oferta zawiera cenę rażąco niską na podstawie tylko dwóch z 75 pozycji cenowych oferty, jeżeli pozycje te nie wpłynęły w sposób znaczący na wysokość całej oferty.*

Odwołujący, co do zasady zgadza się z powyższym stanowiskiem, jednocześnie wyjaśnia, że w swoich wywodach nie odniósł się tylko do własnej oferty, a w zasadzie w ogóle tego nie uczynił, ale wykazał, że oferta Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures S.A. w porównaniu z innymi ofertami złożonymi w przedmiotowym przetargu, jak i w porównaniu z cenami rynkowymi oraz wpływem na wartość całości zamówienia, a w szczególności na klasyfikację oferentów w przypadku prawidłowej wyceny konstrukcji dachu (tj. konieczność degradacji oferty Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA na któreś z miejsc za ofertą Odwołującego się) stanowi o konieczności uznania oferty Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA za zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei idąc za orzeczeniem Zespołu Arbitrów (Wyrok z dnia 13 marca 2008r.; KIO/UZP 179/08): „(...) *wobec braku definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny” tak w ustawie - Prawo zamówień publicznych, jak i przepisach dyrektyw Unii Europejskiej, a także wobec braku wyjaśnienia znaczenia tego pojęcia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny należy traktować indywidualnie.*”

Tym samym, zdaniem Odwołującego się omawiany przypadek również zasługuje na potraktowanie w sposób indywidualny i takie też podejście przyświecało Odwołującemu w argumentacji zawartej zarówno w proteście, jak i w niniejszym odwołaniu. Powyższe świadczy, że Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures S.A. swoim działaniem doprowadziło do zastosowania rażąco niskiej ceny dla całej konstrukcji dachu, a cena ta miała bezpośredni wpływ na wartość całości zamówienia, a tym samym mając na względzie obiektywne podejście do przedstawionej powyżej argumentacji, w ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures S.A. wyczerpuje znamiona oferty z rażąco niską ceną.

W świetle powyższego oferta Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures S.A. winna być odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

b) w zakresie dotyczącym "Dostawy i montażu ławek i koszy na śmieci oraz stojaków na rowery", Odwołujący nie kwestionuje faktu, że w Kosztorysie ofertowym Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA wykorzystano ujednoczone przedmiary uwzględniające wszystkie zmiany i udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, ale zarówno w proteście, jak i w niniejszym odwołaniu Odwołujący raz jeszcze podnosi, iż w Zestawieniu Materiałów będącego częścią Kosztorysu ofertowego jako cena materiału została wskazana cena kompletu robót tj. "Dostawa i montaż ławek i koszy na śmieci wg zestawienia projektowego", gdy tymczasem cena kompletu robót określona w Kosztorysie ofertowym to nie jedna pozycja materiałowa, ale zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego nr 9 z dnia 05 grudnia 2008r. Rozdział III Roboty drogowe i zagospodarowania terenu zestaw pytań nr 17 obejmować winna: "Stojaki na rowery -szt. 3; Ławki i kosze typu A -szt. 10; Ławki typu B - szt. 18 + 10 = 28 szt.; Kosze typu B - szt. 10". Oferta Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. Acciona Infrastructures S.A. w części Zestawienie Materiałów została sporządzona w sposób nieprawidłowy (niekompletny) i *de facto* brak dla Zamawiającego informacji o rzeczywistej kwocie (cenach jednostkowych) poszczególnych materiałów: stojaki na rowery; ławki i kosze typu A; ławki typu B i kosze typu B, co może mieć znaczenie np. w przypadku zmiany zakresu materiałów (bądź to poprzez ich zmniejszenie, jak i zwiększenie), a tym samym nie odpowiada treści SIWZ w Części VI pkt 1.2; Części XII pkt 7 oraz Umowie -wzór umowy stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ, w zakresie określonym w § 13 ust. 4).

W świetle powyższego oferta Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures S.A. winna być odrzucona, zdaniem Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

c) Odwołujący zarzuca ofercie Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA niezgodność ze SIWZ (Część VI pkt 1.2: „(...) Kosztorys uproszczony winien zawierać ilość robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z cenami) (...)" ; Część XII pkt 1: "Obliczając cenę oferty należy uwzględnić wszystkie elementy składowe, jakie będą niezbędne do zrealizowania zamówienia. (...)") i podnosi, że w Zestawieniu Materiałów Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures SA nie ujęło materiału "gniazdo 3p+Z

32A/400V" dla pozycji Kosztorysu ofertowego nr 247 "Gniazdo 32 A wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie". W swoich wywodach z dnia 20 lutego 2009r. (dowód wskazany w pkt a) powyżej) Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA wyjaśnia, że "wszystkie gniazda z pozycji 247, 248 oraz 249 zostały przyjęte do wyceny oferty w tej samej cenie", ale w Zestawieniu Materiałów oferent ten umieścił materiał dla pozycji Kosztorysu ofertowego nr 248 "Gniazda 16 A wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie" - jest to pozycja nr 26 w Zestawieniu Materiałów "Gniazdo 3p +Z 16A/400V" oraz materiał dla pozycji Kosztorysu ofertowego 249 "Gniazdo 2P+Z A wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie" - jest to z kolei pozycja nr 25 w Zestawieniu Materiałów "Gniazdo 2P+ZA".

Analogicznie jest z końcówkami kablowymi. Dla pozycji Kosztorysu ofertowego nr 11 "Montaż końcówek przez zaciskanie -przekrój do 120 mm<sup>2</sup>" powinny być w Zestawieniu Materiałów "końcówki 120 mm<sup>2</sup>". a dla pozycji Kosztorysu ofertowego nr 21 "Montaż końcówek przez zaciskanie - przekrój żyły do 120 mm<sup>2</sup>" powinny być w Zestawieniu Materiałów "końcówki 70 mm<sup>2</sup>". Wszak dla pozycji Kosztorysu ofertowego nr 6 "Montaż końcówek przez zaciskanie -przekrój żył do 240 mm<sup>2</sup>" Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA ujęło w Zestawieniu Materiałów w pozycji nr 65 "Końcówka kablowa rurkowa 2KA-185 mm<sup>2</sup>", a dla pozycji Kosztorysu ofertowego 16 "Montaż końcówek przez zaciskanie -przekrój żył do 120 mm<sup>2</sup>" ujął w Zestawieniu Materiałów w pozycji nr 64 "Końcówki kablowe rurkowe 2KA-120 mm<sup>2</sup>". Ponadto, podkreślić należy, że Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa SA i Acciona Infrastructures SA w poszczególnych pozycjach Zestawu Materiałów w zakresie dot. końcówek kablowych różnie wyceniło ich wartość (np. poz. 64 -1,56 zł./szt.; poz.65-3 zł./szt.). I podobnie dla pozycji Kosztorysu ofertowego nr 301 i 316 "Montaż osłon złącz kontrolnych" w Zestawieniu Materiałów powinny być "Złącza instalacji odgromowej, kontrolne". Złącza te są również ujęte w dołączonym do projektu technicznego zestawieniu materiałów. A zatem jak wynika z powyższego opracowana przez Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infrastructures S.A. oferta jest niegodna z wymogami SIWZ, co oznacza, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a skoro tak, to oferta ta winna być, zdaniem Odwołującego odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo o zamówieniach publicznych.

### **III. Budimex Dromex S.A.,**



a) Odwołujący nadal zarzuca ofercie Budimex Dromex SA niezgodność ze SIWZ (Część VI pkt 1.2: "(. ..) Kosztorys uproszczony winien zawierać ilość robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z cenami)" i podnosi, że w Zestawieniu Materiałów dla Tomu XII.I "Instalacje elektryczne wewnętrzne -Hala" Budimex Dromex S.A. nie uwzględnił pozycji: "Gniazdo 3p+Z 32A/400V". Materiał ten z uwagi na fakt, iż występuje w Kosztorysie ofertowym w pozycji nr 247 "Gniazdo 32 A wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie". Ten sam oferent jednocześnie np. dla pozycji kosztorysu nr 248 "Gniazdo 16 A wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie" ujął w Zestawieniu Materiałów w pozycji nr 19 "Gniazdo 3p+Z 16A/380V".

W świetle powyższego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych oferta BUDIMEX DROMEX S.A. zdaniem Odwołującego winna być odrzucona.

b) Bardzo istotną kwestią z punktu widzenia warunków zawartych w SIWZ, jest nieprawidłowe przygotowanie oferty przez BUDIMEX DROMEX SA, polegające na braku wyceny w Zestawieniu Materiałów ok. 25% materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. BUDIMEX DROMEX SA na ogółem 287 pozycji materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, aż w 65 przypadkach podał cenę jednostkową materiału = 0,00 zł. Powyższe braki występują w pozycjach nr 5, 20, 22, 23,49, 50, 53, 54, 55, 57, 58, 60-62, 64-74, 93-95, 98, 121, 159, 161-163, 168-171, 185, 187, 190, 193, 194, 205, 211, 219, 239, 242, 244, 249, 253, 257-266, 268, 269, 286.

W toku zadawanych pytań i udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi doprecyzowana została zawartość kosztorysów, w tym minimalny zakres "zestawienia materiałów", o którym mowa w Części VI pkt 1.2 SIWZ. W odpowiedzi na pytanie 20 z dnia 04.12.2008 r. Rozdział I - Specyfikacja i Umowa do zestawu pytań nr 7. Zamawiający uznał za wystarczające zamieszczenie listy materiałów "niezbędnych do wykonania inwestycji wraz z podaniem ich cen jednostkowych". Dopuszczył również podanie składników cenotwórczych, o których mowa w Części XII pkt 7 SIWZ (stawek robocizny bezpośredniej, kosztów pośrednich i zysku) w osobnym dokumencie. BUDIMEX DROMEX SA nie dostosował się do ww. oczekiwań Zamawiającego, tj. nie przygotował Zestawienia Materiałów niezbędnych do wykonania inwestycji wraz z podaniem ich cen jednostkowych, a co za tym idzie nie wyceniając tychże materiałów jego oferta stała się niekompletna i niezgodna ze SIWZ, w tym zwłaszcza z:

- Częścią VI pkt 1.2 SIWZ, zgodnie z którą: "Kosztorys uproszczony winien zawierać ilość robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z

- cenami) i tabelę elementów scalonych, w której będą wyszczególnione składniki ceny -rg, kp, zysk.";
- Częścią III lit. A SIWZ - zaoferowane zostało inne świadczenie niż będące przedmiotem zamówienia;
  - Częścią XII pkt 1 SIWZ - cena oferty BUDIMEX DROMEX S.A. nie uwzględnia wszystkich elementów składowych, jakie będą niezbędne do zrealizowania zamówienia;
  - Częścią XII pkt 6 SIWZ - cena oferty nie uwzględnia wszystkich czynności i robót, które są niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia w celu prawidłowego funkcjonowania hali wielofunkcyjnej oraz,
  - Częścią XII pkt 7 oraz Umową - wzór umowy stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ nie spełnia również jednej ze swoich ról jaką oczekiwał Zamawiający, że będzie spełniać, a mianowicie nie posłuży mu do ustalenia ceny materiałów ewentualnych robót dodatkowych.

Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że brak wyceny niektórych materiałów wprowadza domniemanie, iż w Kosztorysie ofertowym jest niekompletna wycena np. dla Branży budowlanej w poz. 247 Posadzki betonowe - dodatek za pogrubienie o 1 cm - beton B-30 ze zbrojeniem rozproszonym włóknami stalowymi, gdyż nie zawiera kosztu materiału (w poz. 20 Zestawienia materiałów jest cena jednostkowa 0,00 zł).

W Kosztorysie ofertowym BUDIMEX DROMEX S.A. wycenił komplet "Stojaków na rowery, ławek i koszy typu A, Ławek typu B, koszy typu B" na bardzo niską kwotę 53 157,33 zł., która to kwota rodzi wątpliwość, czy w ofercie BUDIMEX DROMEX SA uwzględnił całości asortymentu i czy uwzględnione zostały standardy wykonania wynikające z dokumentacji. Powyższa wątpliwość jest tym bardziej zasadna, że w Zestawieniu Materiałów w poz. 58 dot. ww. stojaków na rowery, Ławek i koszy typu A, ławek typu B, koszy typu B jest wyszczególniony 1 kpl. z ceną jednostkową = 0,00 zł.

Podkreślić dodatkowo należy, że niewycenione przez BUDIMEX DROMEX S.A. pozycje Zestawienia Materiałów dotyczą materiałów o różnej wartości, w tym znacznej np. poz. 22 blacha trapezowa - ok. 330 000 zł.; poz. 67 windy - ok. 330 000 zł.; poz. 93 i 94 drzwi z tworzyw sztucznych - ok. 74 000 zł.; poz. 98 elementy konstrukcji stalowych - ok. 230 000 zł. W przedmiotowej kwestii dziwi uzasadnienie zawarte w rozstrzygnięciu protestu: *"Nie można uznać za słuszne stwierdzenia, że Wykonawcy wstawiając „0” przy cenie materiału, nie wycenili go. Do wyceny ewentualnych robót dodatkowych posłużą ceny jednostkowe (zawierające ceny materiałów takie, jakie uwzględnili Wykonawcy, czyli również zerowe."*

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Świadczenia realizowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych są odpłatne, a ich

wartość winna być określona z należytą starannością, bez zaniżania ich wartości, co wynika m.in. z art. 32 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, a w art. 33 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych ustalone zostały również podstawy ustalania wartości zamówień. Częścią nieodzowną SIWZ jest opis sposobu obliczania ceny (art. 36 pkt 12) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, a częstokroć właśnie cena jest jedynym kryterium wyboru. W świetle zaś ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, do której odwołuje się prawo zamówień publicznych (art. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych nie sposób uznać 0,00 zł. za cenę.

Jedynym odstępstwem pozwalającym na przyjęcie ceny jednostkowej równej "0" zgodnie z np. odpowiedzią Zamawiającego nr 1 z dnia 23 grudnia 2008r. do zestawu pytań nr 63 jest sytuacja, gdy jednocześnie wykonawca doda komentarz określający lokalizację wyceny, a tego BUDIMEX DROMEX SA również nie uczynił.

Na podstawie powyższego, Odwołujący wskazuje, iż oferta BUDIMEX DROMEX S.A. winna być odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

c) Odwołujący ponownie podnosi kwestię zawartą pod. lit. f) protestu, w stosunku do której brak stanowiska Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

W Kosztorysie ofertowym Budimex Dromex S.A. dla Branży Budowlanej pozycja 393 (dot. Skropienia nawierzchni drogowej asfaltem) nie została wyceniona, jednocześnie brak również informacji jakoby pozycja ta była ujęta w innym miejscu, co zgodnie z odpowiedzią nr 6 z dnia 23 grudnia 2008r. do zestawu pytań nr 69 oraz z odpowiedzią nr 1 z dnia 23 grudnia 2008 r. do zestawu pytań nr 63 (dowód wskazany już w pkt I. b) powyżej), gdzie Zamawiający wprowadził ogólną zasadę wymagającą we wszystkich pozycjach dla których przyjęto wartość „0” dopisania stosownego komentarza informującego, gdzie w kosztorysie zlokalizowana jest wycena tego elementu.

Ponieważ Budimex Dromex SA w pozycji 393 w ogóle nie podał ani ceny jednostkowej ani wartości robót (wstawiając w tym miejscu kreskę), a także nie wprowadził żadnego komentarza co ww. działania (co powinno mieć miejsce, gdyby oferta w tej pozycji była wyceniona na wartość „0”) należy przyjąć, że pozycja 393 nie została wyceniona, a zatem oferta Budimex Dromex SA nie odpowiada wymogom SIWZ. Jednocześnie odwołujący podkreśla, że ze względu na technologię wykonywania nawierzchni drogowej, skropienie nawierzchni drogowej asfaltem jest czynnością konieczną do należytego wykonania nawierzchni asfaltowych. Brak połączenia międzywarstwowego warstw bitumicznych (brak

skropienia emulsją w-wy podczas realizacji robót) powoduje zdecydowane osłabienie całej konstrukcji nawierzchni (pakietu warstw bitumicznych) i zmniejszenie trwałości zmęczeniowej nawierzchni. W przypadku braku szczepności każda z warstw bitumicznych pracuje oddzielnie, co wpływa na szybszą degradację nawierzchni (krótszą niż założona w katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni).

Na gruncie przyjętego orzecznictwa Zespołu Arbitrów (np. wyrok z dnia 14 sierpnia 2008r., KIO/UZP 795/08): *"Przy wynagrodzeniu kosztorysowym musi zachodzić pełna zgodność kosztorysu ofertowego, tak w zakresie opisu wszystkich pozycji, w tym zastosowanych materiałów, jak i tożsamej ilości jednostek przedmiarowych. "*

A zatem, jak wynika z powyższego, zdaniem Odwołującego oferta Budimex Dromex S.A. jest niezgodna ze SIWZ, co oznacza, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a skoro tak, to oferta ta winna być odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego dnia 19 marca 2009 roku przystąpiło konsorcjum Mostostal – po stronie Zamawiającego, w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu – odnoszących się do oferty Przystępującego.

## **294-09**

Dnia 16 lutego 2009 roku Konsorcjum firm – Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa (pełnomocnik konsorcjum); Acciona Infraestructuras S.A., z siedzibą w Madrycie, Alcobendas, Parque Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18, (zwane dalej Konsorcjum Mostostal) wniosło protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., zwane dalej "BPBP",
- zaniechaniu czynności wykluczenia BPBP z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 4,
- zaniechaniu czynności odrzucenia oferty BPBP z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

- zaniechaniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal.

Oprotestowanym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wykluczenia wykonawcy BPBP z przedmiotowego postępowania, z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie spełnił warunku wykazania się wymaganym przez Zamawiającego potencjałem kadrowym, w osobie kierownika robót drogowych, albowiem osoba wskazana w ofercie tegoż wykonawcy posiada uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 - na skutek zaniechania wykluczenia wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w konsekwencji czego powinien zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp -na skutek nie odrzucenia oferty wykonawcy BPBP, z uwagi na fakt, iż ten w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki (w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) nie zgodził się na jej poprawienie;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy Pzp, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach oraz art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim - przez zaniechanie odrzucenia oferty BPBP mimo że ceny jednostkowe podane w tej ofercie nie odpowiadają przepisom ustawy Pzp i ww. ustaw;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp -na skutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu;
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp -poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równości na skutek nie wykluczenia i nie odrzucenia oferty wykonawcy BPBP z przedmiotowego postępowania.

Na skutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez BPBP i zaniechania dokonania wykluczenia tegoż wykonawcy z przedmiotowego postępowania i odrzucenia jego oferty, interes prawny Protestującego doznał uszczerbku. Oferta Protestującego w przypadku wykluczenia BPBP lub odrzucenia jego oferty jest pierwszą w kolejności ofertą niepodlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na powyższe okoliczności Protestujący żądał powtórzenia oprotestowanych czynności i dokonania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownej oceny ofert;

- 2) w konsekwencji czynności, o której mowa w pkt 1, wykluczenia BPBP i odrzucenia z przedmiotowego postępowania jego oferty;
- 3) wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal.

Dnia 17 lutego 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 19 lutego 2009 roku wykonawca Budimex Dromex S.A., a dnia 20 lutego 2009 roku Wykonawca – SKANSKA S.A. przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający, dnia 25 lutego 2009 roku protest oddalił.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 6 marca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazując na czynności dokonane i zaniechane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., z siedzibą przy ul. Warszawskiej 5, 43-300 Bielsko-Biała, zwanego dalej "BPBP" ,
- zaniechaniu czynności wykluczenia BPBP z przedmiotowego postępowania oraz odrzucenia oferty BPBP,
- zaniechaniu czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający dokonując powyższych czynności naruszył:

- art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wykluczenia wykonawcy BPBP z przedmiotowego postępowania, z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie spełnił warunku wykazania się wymaganym przez Zamawiającego potencjałem kadrowym, w osobie kierownika robót drogowych, albowiem osoba wskazana w ofercie tegoż wykonawcy posiada uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp na skutek zaniechania wykluczenia wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje mające

wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w konsekwencji czego powinien zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą,

- art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp -na skutek nie odrzucenia oferty wykonawcy BPBP, z uwagi na fakt, iż ten w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki (w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) nie zgodził się na jej poprawienie,
- art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy Pzp, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach oraz art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim - przez zaniechanie odrzucenia oferty BPBP mimo, że ceny jednostkowe podane w tej ofercie nie odpowiadają przepisom ustawy Pzp i ww. ustaw,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp -na skutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równości na skutek nie wykluczenia i nie odrzucenia oferty wykonawcy BPBP z przedmiotowego postępowania,

co powoduje naruszenie interesu prawnego Odwołującego, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert (cena i okres realizacji) plasuje się na drugiej pozycji, co w konsekwencji powoduje, że w przypadku wykluczenia z postępowania BPBP i odrzucenia jego oferty, oferta Odwołującego stanie się ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegającą odrzuceniu. Niezgodne z prawem działanie Zamawiającego prowadzi do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty BPBP dokonanie ponownej oceny ofert;
- wykluczenia BPBP i odrzucenia z przedmiotowego postępowania jego oferty;
- wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając, wskazał:

### **I. Zarzuty dot. zaniechania wykluczenia BPBP**

1) Brak uprawnień budowlanych dla kierownika robót drogowych Nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż p. Marcin R., wskazany w ofercie przez BPBP na stanowisko kierownika robót drogowych, potwierdził spełnianie postawionego przez Zamawiającego w SIWZ

warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego cyt. „[p. R.] posiada uprawnienia do kierowania bez ograniczeń robotami odpowiednimi do zakresu robót objętych zamówieniem (drogi lokalne i wewnętrzne), dlatego Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. Tym samym zarzut protestującego jest bezzasadny”. Należy jednak podnieść, iż dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający winien posługiwać się literalną wykładnią postanowień SIWZ, a nie wykładnią, która zostaje dokonana po upływie terminu składania ofert.

Zgodnie z postawionym w SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu (Część V pkt 4 lit. b tiret 4) "o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...) dysponowanie kierownikami robót posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - w specjalności: (...) drogowej". Z przytoczonego warunku nie sposób wywieść innych wniosków jak konieczność wykazania się osobami posiadającymi uprawnienia bez ograniczeń, lub jeżeli uprawnienia zostały wydane w oparciu o poprzednio obowiązujące przepisy, aby ich zakres odpowiadał uprawnieniom bez ograniczeń (stosownie do dyspozycji art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane).

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku BPBP przedstawiał w ofercie, jako kandydata na stanowisko kierownika robót drogowych osobę posiadającą wykształcenie średnie techniczne oraz uprawnienia budowlane wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie dróg i lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych (str. 236 i 245 oferty BPBP). Z uwagi na fakt, iż p. M. R. posiada wykształcenie średnie techniczne, jego uprawnienia są uprawnieniami wydanymi w ograniczonym zakresie, tj. do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych (§ 5 ust. 2 ww. rozporządzenia z 1975r. w zw. z uprawnieniami p. M. R.), co pozostaje w sprzeczności z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu. Zgodnie z cyt. § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia z 1975 r. "Osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4-wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem". Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, jakoby cyt. "Zapis o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych odnosi się więc tylko do



kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy typowych przepustów i mostów". Jak wynika w sposób jednoznaczny z zacytowanego powyżej § 5 ust. 2 rozporządzenia z 1975 r. odnosi się on do "budowy budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną", co w przypadku p. M. R. odnosi się do specjalności drogowej. Jedynie osoba posiadająca wykształcenie wyższe techniczne i uprawnienia budowlane wydane na podstawie § 13 ust. 1 pkt 3 lit. b. ww. rozporządzenia z 1975 r. posiadałaby uprawnienia odpowiadające żądanym przez zamawiającego uprawnieniom "bez ograniczeń" w specjalności drogowej. Nadto należy wskazać, iż zamawiający przyjmuje błędne założenia dla oceny posiadania przez p. M. R. uprawnień budowlanych, odnosząc się na etapie oceny ofert do okoliczności, czy uprawnienia te będą wystarczające z punktu widzenia prowadzonego postępowania, pomijając całkowicie wymagania określone w SIWZ. Należy wskazać, iż Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania ustalonych przez siebie zasad w odniesieniu do wszystkich wykonawców, w takim samym zakresie. Skoro z literalnego brzmienia warunku wynika, iż wykonawcy mają wykazać się uprawnieniami bez ograniczeń w specjalności drogowej lub odpowiadającymi im uprawnieniami to oczywistym jest, iż po upływie terminu składania ofert twierdzenia przeciwne będą stanowiły rażące naruszenie prawa i złamanie podstawowych zasad zamówień publicznych, jakimi są zasada równości i uczciwej konkurencji. Z kolei w żadnym wypadku nie można uznać za odpowiadające uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności drogowej uprawnień, które zostały wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, lecz odnoszą się do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, bowiem zostały wystawione osobie posiadającej wykształcenie średnie techniczne. Stąd twierdzenia zamawiającego o wystarczalności ww. uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia różnicują sytuację podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia i są niedopuszczalne na tym etapie prowadzonego postępowania.

**2) Niespełnienie warunku doświadczenia oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania** Odwołujący podtrzymuje zarzut, iż BPBP nie spełniło postawionego przez Zamawiającego w SIWZ (Części V pkt 2) warunku doświadczenia, a ponadto istnieje uzasadniona wątpliwość, iż złożyło w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie z wymogiem określonym przez Zamawiającego w części V pkt 2 SIWZ należało wykazać się wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania (...) robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. zrealizowanie jednego budynku użyteczności publicznej (...) o kubaturze nie

mniejszej niż 120 000 m<sup>3</sup>. Z przedmiotowego warunku wynika w sposób jednoznaczny, iż wymaganiem Zamawiającego była konieczność wykazania się wykonaniem budynku, a nie zespołu budynków, o kubaturze 120 000 m<sup>3</sup>". Mówiąc o budynku w kontekście zamówienia na roboty budowlane nie sposób nie odnieść się do legalnej definicji budynku obowiązującej w prawie polskim, tj. definicji zawartej w art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którą, przez budynek należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. BPBP przedstawiło w ofercie wykaz zrealizowanych obiektów referencyjnych, z którego wynikało, iż w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku wykazało się listem referencyjnym wystawionym przez Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej, z którego wynikało, iż BPBP było cyt. "Generalnym Wykonawcą przedmiotowego zadania inwestycyjnego" oraz cyt. "W dniu 31-12-2003 r. przekazano do użytku całe zadanie inwestycyjne o łącznej kubaturze 242.107 m<sup>3</sup>, w tym Budynek Główny Szpitala o kubaturze 168 946 m<sup>3</sup> i Budynek Zaplecza Gospodarczego Szpitala o kubaturze 73.161 m<sup>3</sup>". Odwołujący nadal podtrzymuje, iż żaden z budynków składających się na ww. obiekt szpitalny nie posiada wymaganej przez Zamawiającego kubatury 120 000 m<sup>3</sup>. Tym samym Odwołujący wskazuje, iż BPBP nie wykonując budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 120 000 m<sup>3</sup> nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a posługując się ogólnym, lakonicznym listem referencyjnym złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Należy wskazać, iż przedmiotowy Szpital składa się z wielu samodzielnych budynków, z których nieliczne połączone są łącznikami. Tym samym, pomimo połączenia niektórych budynków ze sobą za pomocą łącznika nie można ich wszystkich traktować jako budynku w rozumieniu legalnej definicji zawartej w ustawie Prawo budowlane.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż największe z przedmiotowych budynków zostały wykonane i oddane do użytku nie jak wynika z referencji i złożonego w ofercie BPBP wykazu 31.12.2003 r. lecz w latach 2000-2001, co powoduje, iż nie zachodzi przesłanka wykonania zamówienia w ostatnich 5 latach przed dniem wszczęcia zamówienia.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności należy stwierdzić, iż BPBP powinno zostać wykluczone z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), a jego oferta winna być odrzucona. Ustawa Pzp nie różnicuje informacji, przez co należy rozumieć każdą wiadomość zawartą w dokumentacji, oświadczeniu, czy ofercie, dzięki której wykonawca jest w korzystniejszej sytuacji, niż by był podawszy informację prawdziwą. Jednocześnie należy

wskazać, iż norma art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że Zamawiający nie ma możliwości postąpić inaczej niż nakazuje mu to cyt. przepis ustawy. W przypadku spełnienia przesłanki złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania Zamawiający ma obowiązek wykluczyć go z udziału w postępowaniu. Zawarcie umowy z wykonawcą podlegającym wykluczeniu skutkuje nieważnością zawartej umowy (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp). Należy również zwrócić uwagę, iż w orzecznictwie Zespołów Arbitrów i KIO wielokrotnie podkreślano obowiązek weryfikacji przez Zamawiającego wszelkich informacji świadczących o tym, że dane zawarte w ofercie są nieprawdziwe (np. wyrok ZA z dnia 2 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1937/05) oraz wyrok ZA z dnia 19 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/ 0-724/05), w których jednoznacznie stwierdzono, że powzięcie przez zamawiającego -nieistotnie, w jaki sposób - informacji o potencjalnej nieprawdziwości oświadczenia lub dokumentów złożonych w ofercie nakłada na niego obowiązek zweryfikowania tych wiadomości. O obowiązku podjęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego celem ustalenia prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń, w wypadku powzięcia w drodze protestu wątpliwości, co do ich zgodności ze stanem faktycznym wypowiadała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 9.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 42/07 oraz z dnia 22.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 99/08. Z analizy rozstrzygnięcia protestu wynika, iż Zamawiający samodzielnie podjął decyzję, iż nie zaszyły przesłanki do zwrócenia się do wykonawcy BPBP o wyjaśnienie zarzutu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a tym samym zadecydował, iż nie została wypełniona norma art. 24 ust. 2 ustawy Pzp.

Podkreślił, iż informacja zawarta w wykazie BPBP potwierdzającym posiadanie wymaganego doświadczenia, dotycząca roboty budowlanej dla Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku-Białej, ma istotny wpływ na wynik postępowania. Od jej (nie)uwzględnienia zależy ocena doświadczenia BPBP w kontekście przedmiotowego zamówienia, a tym samym możliwość jego udziału w postępowaniu.

## **II. Zarzuty dot. zaniechania odrzucenia oferty BPBP**

1) Nie wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, o której mowa wart. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Nie można się również zgodzić z dokonaną przez Zamawiającego interpretacją wyjaśnień złożonych przez BPBP w dniu 19 lutego 2009 r., z których wynikało, że BPBP potwierdziło czynność wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa wart. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wynika z analizy stanu faktycznego niniejszego postępowania w

dniu 30 stycznia i 3 lutego 2009 r. Zamawiający dwukrotnie poinformował BPBP, że na podstawie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił w treści oferty też wykonawcy wyszczególnione w tych pismach omyłki. Jednocześnie, co wynika z treści przedmiotowych pism, Zamawiający prosił wykonawcę o wyrażenie zgody na poprawienie przedmiotowych omyłek, stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tym samym, co wynika z opisu ww. stanu faktycznego, Zamawiający w sposób jednoznaczny sformułował informację do wykonawcy, wraz z sankcją, jaka zostanie na niego nałożona w przypadku jej niedotrzymania. Za prawnie nieskuteczną w świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy więc uznać zgodę na poprawienie dokonanych przez Zamawiającego omyłek wyrażoną niezgodnie z zasadą reprezentacji Spółki, jak również potwierdzoną oświadczeniem z dnia 19 lutego 2009 r., czyli po upływie trzydniowego ustawowego terminu. Z odpisu z KRS wykonawcy BPBP wynika, iż cyt. "Do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu, albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem". Za niedopuszczalne należy uznać wyjaśnienia BPBP, oraz stanowisko Zamawiającego, który uznał za wystarczającą jednoosobową reprezentację członka zarządu, bowiem jego oświadczenie należy traktować jako uznanie oczywistej pomyłki, a nie oświadczenie woli wymagające podpisu osób uprawnionych do reprezentacji BPBP. To nie rolą wykonawcy, a Zamawiającego pozostaje kwalifikacja prawna przesłanki poprawienia w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż Zamawiający dwukrotnie zakwalifikował dokonane przez BPBP omyłki, jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W przypadku uznania przez wykonawcę, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej kwalifikacji prawnej przesłanki poprawienia omyłki, przysługują mu środki ochrony prawnej, o których mowa w ustawie Pzp. W braku skorzystania ze środków ochrony prawnej uznaje się, iż wykonawca nie kwestionuje prawidłowości zastosowania podstawy prawnej do poprawienia omyłki. Z uwagi na okoliczność, iż w przypadku dokonania poprawienia przez Zamawiającego omyłek, zakwalifikowanych jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty ustawa Pzp wymaga, aby pod rygorem odrzucenia oferty powiadomiony o tym fakcie wykonawca złożył oświadczenie woli o wyrażeniu zgody na poprawienie przedmiotowej omyłki. Należy zauważyć, iż art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zmieniony na podstawie ostatniej nowelizacji nakłada na Zamawiającego obowiązek uzyskania zgody wykonawców na poprawienie oferty wyłącznie w odniesieniu

do przesłanki wynikającej z pkt 3. W przypadku poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i oczywistych omyłek rachunkowych Zamawiający zobowiązany jest wyłącznie do poinformowania o tym fakcie wykonawców, bez konieczności uzyskania na tę okoliczność ich zgody. Tym samym zgoda BPBP na poprawienie omyłki wyrażona przez jednego członka zarządu jest prawnie nieskuteczna i nie wywołuje określonych w niej skutków prawnych. Nadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i BPBP, nie może zostać konwalidowana poprzez złożenie oświadczenia po upływie określonego w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp trzydniowego terminu od dnia doręczenia zawiadomienia. W związku z tym oferta BPBP podlega odrzuceniu na podstawie przesłanki wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

- 2) Błąd w obliczeniu ceny. Nie można również zgodzić się z przedstawioną przez Zamawiającego argumentacją wskazującą, iż podawanie cen jednostkowych w ofercie BPBP wyrażonych do trzech i czterech miejsc po przecinku (np. na str. 48-61, 70-83, 90, 94-95, 99-106, 177-179 i inne) nie stanowi o błędzie w obliczeniu ceny. Jedynym argumentem, który przytacza Zamawiający jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 475/08. Odwołujący po analizie przedmiotowego wyroku stwierdza, iż odnosi się on do zupełnie innego niż rozpatrywany stanu faktycznego. Nadto, ze stanu faktycznego, który był podstawą rozstrzygnięcia powoływanego przez Zamawiającego wyroku KIO, wynikało, iż SIWZ, określała ceny jednostkowe, jako ryczałtowe ceny jednostkowe. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający oparł się wyłącznie o jedno orzeczenie KIO, całkowicie pomijając przytoczone przez Odwołującego w proteście szersze orzecznictwo KIO, z którego wynikało, iż podawanie cen jednostkowych wyrażonych do trzech i czterech miejsc po przecinku stanowi błąd w obliczeniu ceny (wyrok KIO z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 642/08; podobnie KIO w wyroku z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 504/08; KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 237/08). Tym samym w ocenie Odwołującego, który powołuje się na ww. orzecznictwo doszło do naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy Pzp, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach oraz art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2) przez zaniechanie odrzucenia oferty BPBP, z uwagi na fakt, iż ceny jednostkowe podane w ofercie BPBP nie odpowiadają treści przepisów ustawy Pzp i innych ustaw. Należy zwrócić uwagę na treść art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, bezpośrednio, do której odsyła art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę.

Stosownie do dyspozycji art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Ponadto, zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r. Nr 84, poz. 386) złoty dzieli się na 100 groszy. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż aby możliwe było dokonywanie rozliczeń w obowiązujących i zgodnych z prawem jednostkach, cena musi być wyrażona w setnych częściach złotego tj. do dwóch miejsc po przecinku. Powyższe ma znaczenie w niniejszym stanie faktycznym tym bardziej, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia ma charakter kosztorysowy, a rozliczenie odbywać się będzie na podstawie cen jednostkowych. Nie sposób zatem uznać, iż ceny te mają charakter kalkulacyjny i służą jedynie obliczeniu ceny za realizację całego zamówienia. Powyższe świadczy o złożeniu przez BPBP oferty z błędnie wyliczoną ceną, zatem zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na treść art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach oraz art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim. Należy zauważyć, iż naruszenia ustawy Pzp wskazane w niniejszym punkcie stanowią błąd w obliczeniu ceny, którego nawet po nowelizacji ustawy Pzp nie da się poprawić w trybie dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż zarówno z protestu, jego rozstrzygnięcia oraz z przedstawionej powyżej argumentacji, wykonawca BPBP winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, oraz jego oferta winna zostać odrzucona. Rozstrzygnięcie protestu, w ocenie Odwołującego, stanowi o nowej, nieujawnionej wcześniej przez Zamawiającego w dokumentach postępowania, interpretacji postanowień SIWZ (w szczególności oceny sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu) oraz przepisów prawa powszechnego. Uznawanie, iż uprawnienia budowlane, z których wynika ograniczenie ze względu na wykształcenie, są wystarczające do realizacji zamówienia, pomimo, że z SIWZ wynikał obowiązek posiadania "bez ograniczeń lub równoważnych (...)", jak również uznanie spełniania warunku doświadczenia świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców, tj. o faworyzowaniu jednych wykonawców względem drugich. Podobnie twierdzenia Zamawiającego, oparte na wyjaśnieniach wybranego wykonawcy, że jego oświadczenie, które zostało złożone bez należytego umocowania należy traktować jako uznanie oczywistej pomyłki, a nie oświadczenie woli wymagające podpisu osób uprawnionych do reprezentacji BPBP; jak również odrzucenie dominującego poglądu orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie błędu w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić w oparciu o

dyspozycję art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, pozwalają Odwołującemu na ocenę ich, jako naruszających zasadę równości i uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu w stosunku do zaistniałego stanu faktycznego jest chybiona. W związku z zaistnieniem wskazanych powyżej okoliczności niniejsze odwołanie jest zasadne i konieczne.

Do postępowania odwoławczego, dnia 16 marca 2009 roku (pismo z dnia 13 marca 2009 roku) przystąpił Wykonawca – SKANSKA S.A. po stronie Odwołującego się.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, pisma Zamawiającego z dnia 17 marca 2009 r., uwzględniając wnioski dowodowe w postaci:**

- pisma z Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 19 lutego 2007 r.,
- pisma Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku Białej z dnia 6 marca 2009 r. wraz z pismem Mostostal Warszawa S.A. z dnia 4 marca 2009 r.,
- Protokołu końcowego spisane w dniu 31.12.2003 r. na okoliczność zakończenia zadania inwestycyjnego pn. „Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej”,

**odmawiając uwzględnienia jako dowodu:**

- pisma - „Stanowiska BPBP S.A. w sprawie odwołań od rozstrzygnięcia protestu” wraz z załącznikami,
- wydruków za stron internetowych – historii powstawania szpitala,

**gdź nie mają one waloru dokumentu, który mógłby stanowić dowód w sprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

### **Sprawa sygn. akt 293/09.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje:

1. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie oferty wykonawcy BPBP, konsorcjum Mostostal, wykonawcy Budimex Dromex – poprzez nieodrzczenie ofert ww. wykonawców z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Zarzuty Odwołującego, w głównej mierze odnoszą się do braku wyceny materiałów w zestawieniu materiałów, a ujętych w kosztorysie ofertowym. Tak więc do uznania, czy oferty ww. wykonawców pozostają w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia konieczne jest stwierdzenie, czy Zestawienie Materiałów stanowi element oferty, którego brak, bądź też niewłaściwe uzupełnienie powoduje sprzeczność ze s.i.w.z.

Zamawiający w części VI.I.2. wskazał, jakie dokumenty składają się na ofertę precyzując, iż *kosztorys ofertowy winien być sporządzony na podstawie rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 roku w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. z 2001 r. Nr 80, poz. 867), w oparciu o dokumentację projektową, przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z cenami jednostkowymi i wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności rg, kp, zysk, itp.) i ceną oferty. Wskazany jest złożenie kosztorysu w formie uproszczonej, ale dopuszcza się również kosztorys w formie szczegółowej. Kosztorys uproszczony winien zawierać ilość robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z cenami) i tabelę elementów scalonych, w której będą wyszczególnione składniki ceny – rg, kp, zysk. W § 13 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wprowadził zapis o następującej treści: *Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia za przedmiot umowy stanowi wynagrodzenie kosztorysowe brutto, tj. liczone łącznie z podatkiem VAT (...). Ust. 2 brzmi Obliczenie należnego wynagrodzenia za wykonane prace odbywać się będzie na podstawie cen jednostkowych przedstawionych w ofercie oraz rzeczywiście wykonanych i odebranych prac, potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru.**

Zamawiający zwrócił na rozprawie uwagę na treść ust. 4 § 13 wzoru umowy, którego treść regulowała sytuację wykonania ewentualnych robót dodatkowych, a dokładnie kwestie wyceny tych robót. *Ceny robocizny, kosztów pośrednich do R i S, zysk od Kp, R i S wycenione mają być wg. stawek kalkulacyjnych kosztorysu ofertowego, a w przypadku materiałów nieujętych w kosztorysie ofertowym, wg. udokumentowanych cen zakupu.*

Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 23 grudnia 2008 roku – odpowiedź na pytanie Nr 1 do zestawu pytań Nr 63 wskazał, iż „Zgodnie z wcześniej udzielonymi odpowiedziami,



*dopuszczalne jest wprowadzenie ceny jednostkowej równej „0”, bez zmiany obmiaru i opisu pozycji, ale z dodatkowym komentarzem określającym lokalizację wyceny”.*

Powyższe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzoru umowy, jak i odpowiedzi na pytania wykonawców jednoznacznie wskazują na charakter dokumentu Zestawienie Materiałów. Zdaniem Izby, w toku przeprowadzonej rozprawy udowodnione zostało, iż Zestawienie Materiałów jest dokumentem, niewpływającym na merytoryczną treść złożonej oferty, a wszelkie błędy, bądź też braki w nim zawarte mogą mieć charakter jedynie formalny. Z dokumentacji postępowania jasno wynika, że podstawą rozliczenia robót będzie kosztorys ofertowy, wszelkie roboty dodatkowe będą rozliczane o stawki kalkulacyjne z kosztorysu, a niewypełnione bądź też wypełnione ze stawką „0” pozycje Zestawienia Materiałów nie wpływają na treść oferty i nie mają faktycznie żadnego merytorycznego znaczenia przy ocenie oferty. Bezsprzecznym zatem jest, iż umowa będzie miała charakter kosztorysowy. Błędy powyższe, zdaniem Izby mają charakter formalny, a fakt ten na gruncie ugruntowanej linii orzeczniczej np. wyrok SO w Warszawie z dnia 3.09.2004 r., sygn. akt V Ca 1738/04, jak i stanowiska doktryny nie sposób uznać za błędy, które skutkowałyby odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie oferty wykonawcy BPBP (zarzut b i c odwołania), Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy BPBP, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzuca, że oferta złożona przez BPBP jest *sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.*

Z takim stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić, tym bardziej, że Odwołujący stawia taki zarzut w odniesieniu do Zestawienia Materiałów, które zostało uznane przez Izbę jako dokument o charakterze pomocniczym. Izba zgadza się ze stanowiskiem zaprezentowanym w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-496/05, w którym zespół wyraził pogląd, że *„Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnianie dostępu do rynku innym wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą*

*zamówienia publicznego jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Takie działanie wykonawców nie jest czynem nieuczciwej konkurencji”.*

3. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie oferty konsorcjum Mostostal (zarzut a odwołania), Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż winien odrzucić ofertę konsorcjum Mostostal, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzut ten Odwołujący postawił w oparciu o zbyt niskie, jego zdaniem wyceny w zakresie konstrukcji dachu – jednego z elementów kosztorysu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny może odnosić się tylko i wyłącznie do ceny oferty (całkowitej jej wartości), a nie do jednego z elementów składających się na cenę oferty. Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. Zamawiający oceniając tylko jeden element oferty, nie może odrzucić tej oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Chodźby nawet sama cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty - postanowienie SO w Poznaniu z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05.

Stawianie zarzutu do elementu składowego całej oferty, konkretnie pozycji od 209 do 212 kosztorysu ofertowego konsorcjum Mostostal nie pozwala na uznanie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych za zasadnego. Ponadto Izba zwraca uwagę, że cena oferty konsorcjum Mostostal o wartości 69 479 946,45 zł jest tańsza od oferty Odwołującego o ok. 2 000 000,0 zł, a wartość szacunkowa zamówienia (ZP-1) ustalona przez Zamawiającego wynosi 61 259 586,88 zł, co jednoznacznie przesądza o bezzasadności stawianego zarzutu.

Na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

## **Sprawa sygn. akt 294/09.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje:

1. Odnośnie zarzutu zaniechania czynności wykluczenia BPBP z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie spełnił warunku wykazania się wymaganym przez Zamawiającego potencjałem kadrowym, w osobie kierownika robót drogowych, Izba uznała ten zarzut za zasadny.

Warunek, jaki Zamawiający postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczący potencjału kadrowego brzmi: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Spełnienie warunku: (...) dysponowanie kierownikami robót posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – w specjalności: (...) – drogowej (...)”*.

Wykonawca BPBP przedstawił w swojej ofercie, jako osobę, która będzie nadzorowała prace w specjalności drogowej - Pana Marcina R., który legitymuje się wykształceniem średnim. Pan M. Robakiewicz posiada uprawnienia budowlane nadane mocą rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie dróg i lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych. Z uwagi na fakt, iż p. M. Robakiewicz posiada wykształcenie średnie techniczne, jego uprawnienia są uprawnieniami wydanymi w ograniczonym zakresie, tj. do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych. Zgodnie z § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia z 1975 r. *„Osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4-wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem”*. Osoba posiadająca wykształcenie wyższe techniczne i uprawnienia budowlane wydane na podstawie § 13 ust. 1 pkt 3 lit. b. ww. rozporządzenia z 1975 r. posiadałaby

uprawnienia odpowiadające żądanym przez zamawiającego uprawnieniom *"bez ograniczeń"* w specjalności drogowej. Powyższe potwierdza również pismo z dnia 19 lutego 2007 roku z Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, w którym Prezes tejże Izby Pan prof. Zbigniew Grabowski wskazał, iż cyt.: *„Z całą pewnością możemy jednak stwierdzić, iż użycie w treści stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie upoważnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w zakresie obiektów budowlanych lub budowli „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych”, świadczy o tym, iż są to uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie”*. Cytat powyższy dotyczy wyjaśnienia II. Uprawnienia budowlane wydawane na podstawie przepisów z 1975 r.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż *zasadniczym celem, który chciał osiągnąć formułując w części V s.i.w.z. warunki udziału w postępowaniu była pewność, co do należytego wykonania zamówienia objętego przetargiem*. Izba nie zgadza się również ze zdaniem Zamawiającego, iż *nie ma racjonalnego powodu, aby wykluczyć z kierowania zamówionymi robotami osobę – w tym przypadku Pana M. Robakiewicza (tym samym BPBP), który posiada uprawnienia do kierowania tymi robotami, tylko dlatego, że nie posiada uprawnienia do kierowania robotami, których Zamawiający nie zamawia*.

Przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na warunki, jakie muszą zostać spełnione przez wykonawcę, aby mógł on ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Niespełnienie wymaganych warunków powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Kryteria kwalifikacji wykonawców powinny być obiektywne (mieralne), niedyskryminacyjne, nieograniczające konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił warunek dysponowania kierownikiem robót w specjalności drogowej – bez ograniczeń. Na etapie oceny ofert, pod kątem spełnienia wymogów formalnych (ocena podmiotowa), Zamawiający nie ma możliwości zmiany, czy też korygowania na korzyść wykonawcy postawionych wcześniej warunków udziału w postępowaniu. Taka zmiana jest niedopuszczalna. *„Dopasowywanie”* warunków udziału w postępowaniu do dokumentów, jakie złoży wykonawca, na potwierdzenie ich spełniania stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który jako jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień nakazuje Zamawiającemu przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Takie zachowanie prowadzi bowiem do sytuacji, gdy wykonawca, który

zamierza wziąć udział w danym postępowaniu stwierdza, zapoznając się z warunkami udziału w postępowaniu, że nie jest ich w stanie spełnić – wobec czego nie składa oferty, po czym Zamawiający na etapie oceny ofert „łagodzi” jeden z warunków, który akurat po tej modyfikacji wykonawca mógłby spełnić i mógłby złożyć ważną ofertę, być może zwycięską. Dlatego też Izba uznała działanie Zamawiającego za niedopuszczalne w myśl obowiązujących przepisów. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia nowego wykazu ze wskazaniem osoby, która będzie spełniała, ustalone przez niego warunki udziału w postępowaniu.

2. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp na skutek zaniechania wykluczenia wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

Powyższe stwierdzenie jest konsekwencją działań Zamawiającego, który swoje decyzje opierał o informacje zawarte w ofercie, a wykonawca BPBP umieszczając te informacje działał bez zawinionego działania.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, cyt.: *„Spełnienie warunku: wykonanie w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...) robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. zrealizowanie jednego budynku użyteczności publicznej, zdefiniowanego w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz. 890), o kubaturze nie mniejszej niż 120 000 m<sup>3</sup>”*.

Wykonawca BPBP wykazał się wykonaniem Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku - Białej o kubaturze budynku głównego: 168 946 m<sup>3</sup>, kubaturze zaplecza gospodarczego: 73 161 m<sup>3</sup>, czyli łącznej kubaturze 242 107 m<sup>3</sup>, z terminem zakończenia inwestycji: 31.12.2003 r. Do wykazu dołączył referencje wystawione przez Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej potwierdzające, że wszystkie zrealizowane przez BPBP obiekty zostały wykonane w uzgodnionych terminach, z zachowaniem odpowiedniej wysokiej jakości robót (strona 234 i 235 oferty). Tym samym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe potwierdza również protokół końcowy spisany w dniu 31.12.2003 r. na okoliczność zakończenia zadania inwestycyjnego pn. „Szpital Wojewódzki

w Bielsku-Białej”. W części III protokołu znajdują się stwierdzenia i ustalenia, które dowodzą, iż zadanie inwestycyjne jw. realizowane było w latach 1982 – 2003 w oparciu o dokumentację projektową opracowaną (...). Punkt 6 protokołu definiuje, iż „Przyjmuje się datę 31.12.2003 roku, jako datę zakończenia zadania inwestycyjnego pn. „Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej”. Tym samym Izba uznała za potwierdzone, iż roboty budowlane, które przecież również wchodziły w skład zadania inwestycyjnego, zostały zakończone w dniu spisania protokołu końcowego, tj. 31.12.2003 roku, co przy terminie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. 8 listopada 2008 roku spełnia wymagany okres 5 lat. W zakresie zaś kubatury, to treść referencji przesądza o spełnieniu tego warunku przez wykonawcę BPBP.

3. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy BPBP, z uwagi na fakt, iż ten w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki nie zgodził się na jej poprawienie, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Zamawiający pismami z dnia 30 stycznia 2009 roku oraz 3 lutego 2009 roku – dwukrotnie informował wykonawcę BPBP, iż na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pp poprawił w treści jego oferty odpowiednio:

- 1) w piśmie z 30.01.2009 r. – omyłkę dotyczącą kosztorysu ofertowego Nr 4 – Przyłącza elektryczne i oświetlenie zewnętrzne. W związku z dokonaną poprawą odpowiednio uległy poprawieniu ceny elementów robót i wartość kosztorysu;
- 2) w piśmie z 3.02.2009 r. – omyłkę w kosztorysie ofertowym Nr 10 (tom X.1 – Instalacje wentylacji Hala);

Jednocześnie, w obu tych pismach zwracał się do wykonawcy BPBP o wyrażenie zgody na poprawienie ww. omyłek – zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – tj. w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia.

Wykonawca BPBP, w odpowiedzi na powyższe wezwania, odpowiednio dnia 30 stycznia 2009 roku i 3 lutego 2009 r. wyraził zgodę na poprawienie omyłek wskazanych przez Zamawiającego. Pisma wyrażające zgodę podpisał Pan Henryk Rudzki – Prezes Zarządu.

Zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w Krajowym Rejestrze Sądowym o Nr 0000025731 (strona od 225 do 233 oferty BPBP) Dział 2 Rubryka 1 – Organem uprawnionym do reprezentacji podmiotu jest Zarząd. Sposób reprezentacji podmiotu ustalony został w ten sposób, iż do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu spółki

wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu, albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

W związku z powyższym oświadczenia składane jednoosobowo - przez Prezesa Zarządu są prawnie nieskuteczne, gdyż nie wywołują żadnych skutków prawnych.

Zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych – do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zmianami), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z tym przepisem w przedmiotowej sprawie zastosowanie będzie miał przepis art. 38 ustawy k.c., który stanowi, iż *osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie.*

Powyższe jednakże pozostaje bez znaczenia z uwagi na treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.* Istotnym aspektem koniecznym do rozstrzygnięcia stawianego zarzutu jest stwierdzenie, czy wykonawca musi wyrażać zgodę na poprawienie omyłki. Zdaniem Izby w zakresie pkt 3 ust. 2 art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych takiej zgody wyrażać nie trzeba. Z zawiadomieniem wykonawcy o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty ustawa wiąże istotne skutki prawne. Wynikają one z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu wykonawca może, w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, oświadczyć Zamawiającemu, że nie wyraża zgody na poprawienie ww. omyłki, co powoduje bezskuteczność tej czynności Zamawiającego. Tak więc, zdaniem Izby wykonawca, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie wniósł sprzeciwu – nie zgodził się na poprawienie omyłki, uznaje – w sposób dorozumiany wyraża zgodę - na poprawienie omyłek wskazanych przez Zamawiającego.

W tym stanie faktycznym i prawnym, Izba uznała, iż zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

**4.** Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy Pzp, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach oraz art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BPBP mimo, że ceny jednostkowe

podane w ofercie BPBP nie odpowiadają przepisom ustawy Pzp i ww. ustaw, Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

Przepis art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż ilekroć w ustawie jest mowa o cenie – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zmianami).

Odwołujący podnosi, że *nie sposób się zgodzić z możliwością podawania cen jednostkowych (w ofercie wykonawcy BPBP) wyrażonych do trzech i czterech miejsc po przecinku*. Takie przedstawienie cen jednostkowych stanowi, zdaniem Odwołującego o błądzie w obliczeniu ceny.

Zdaniem składu orzekającego Izby definicja ceny z przepisu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do ceny oferty – jako ostatecznej należności, jaką będzie musiał uiścić Zamawiający za realizację całego zamówienia. Powyższe wynika między innymi z przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który definiuje pojęcie najkorzystniejszej oferty, której prawomocny wybór stanowi podstawę do zawarcia umowy. Najkorzystniejsza oferta to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny (nie ceny jednostkowej) i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną (nie cena jednostkową), a w przypadku (...) – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny (nie ceny jednostkowej) i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

W ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386) określono, że złoty dzieli się na 100 groszy, co oznacza, że w polskim systemie płatniczym nie ma tysięcznych czy dziesięciotysięcznych części złotego. Nie jest dopuszczalne, aby rozliczenia pomiędzy stronami umowy dokonywane były w jednostkach pieniężnych niemożliwych do wyegzekwowania z powodu braku w polskim systemie monetarnym odpowiednich nominałów. Co do zasady więc cena przedstawiona przez wykonawcę w ofercie, w tym wszystkie pozycje zamieszczone w kosztorysie powinny zostać określone z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku. Wyjątkowo dopuszczalne jest posługiwanie się cenami jednostkowymi, które nie są zaokrąglone do drugiego miejsca po przecinku, gdy mają one charakter wyłącznie kalkulacyjny. Tym samym Izba stwierdziła, że ceny jednostkowe mogą zawierać więcej niż dwa miejsca po przecinku, z takim jednak zastrzeżeniem, iż cena jednostkowa przemnożona przez ilość musi być podana do dwóch miejsc po przecinku, gdyż stanowić będzie podstawę rozliczenia (wartość pozycji). W przeciwnym przypadku zachodzi podstawa do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który brzmieniem pkt 2 zezwala Zamawiającemu na poprawienie w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z



uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Taka czynność Zamawiającego, zgodna z przepisami ustawy Pzp doprowadzi do stanu zgodności treści oferty wykonawcy BPBP z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie przepisu art. 191 ust. 1a oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*