

**WYROK**

**z dnia 15 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Piecexport – Piecbud S.A. ul. 3 Maja 1A, 41-300 Dąbrowa Górnicza i Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o., ul. Kazimierza Tetmajera 89B, 34-300 Żywiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubelskie, ul. Spokojna 4, 20-074 Lublin**

przy udziale **Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, adres do korespondencji Polimex-Mostostal S.A. Zakład Budownictwa Lublin, ul. Inżynierska 8, 20-484 Lublin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Piecexport – Piecbud S.A. ul. 3 Maja 1A, 41-300 Dąbrowa Górnicza i Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o., ul. Kazimierza Tetmajera 89B, 34-300 Żywiec, 05-200 Wołomin i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Piecexport – Piecbud S.A. ul. 3 Maja 1A, 41-300 Dąbrowa Górnicza i Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o., ul. Kazimierza Tetmajera 89B, 34-300 Żywiec tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Województwo Lubelskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie robot budowlanych polegających na zrealizowaniu dwóch odrębnych zadań inwestycyjnych pn. „Lubelskie Centrum Konferencyjne” i „Budowa siedziby Urzędu Marszałkowskiego w Lublinie””. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 11 sierpnia 2011 r. pod nr 2011/S 152-252459.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Piecexport – Piecbud S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 grudnia 2011 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o dokonaniu której to czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu informację w dniu 23 listopada 2011 r.

Zamawiający o złożonym odwołaniu poinformował pozostałych wykonawców w dniu 5 grudnia 2011 r. W dniu 7 grudnia 2011 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Polimex”). W dniu 8 grudnia 2011 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone po stronie Odwołującego złożone przez Erbud S. A. z siedzibą w Warszawie.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący złożył odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego obejmujące:

- 1) badanie i ocenę ofert, a w ich wyniku

- 2) wybór jako najkorzystniejszej oferty Polimex
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Polimex
- 4) zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polimer
- 5) zaniechanie wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę w pełnym zakresie – Zamawiający pytał jedynie o 33 pozycje.

Według Odwołującego powyższe czynności Zamawiającego naruszają:

- 1) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie badania czy cena oferty Polimex nie jest ceną rażąco niską tylko do części elementów kształtujących cenę,
- 2) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Polimex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności pominięcie obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i przyjęcie, że oferta Polimex nie zawiera rażąco niskiej ceny, oraz uznanie, że żądane wyjaśnienia zostały złożone (brak odpowiedzi na pytanie co do wywozu gruntu),
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i odrzucenia oferty Polimex z powodu rażąco niskiej ceny,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wykluczenie wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 5) art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędną ocenę ofert Polimex i uznanie, że oferta ta odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i odrzucenia oferty Polimex z powodu błędu w obliczeniu ceny,
- 7) art. 7 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie odrzucenia oferty Polimex,
4. nakazanie wykluczenia Polimex,
5. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej,
6. alternatywnie nakazanie wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w zakresie całej ceny a nie części jej elementów składowych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

Zamawiający wezwał Polimex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ograniczając to wezwanie jedynie do wskazanych w wezwaniu elementów oferty, nie wyczerpując całości składowych ceny oferty. W odpowiedzi na to wezwanie Polimex złożył wyjaśnienia, które – w ocenie Odwołującego – są mało wiarygodne, zbyt ogólnikowe oraz nierzetelne i nie mogą stanowić podstawy uznania proponowanych w ofercie założeń za prawdziwe. Według Odwołującego wyjaśnienia Polimex nie obalają domniemania zaoferowania przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał na różnice w cenach ofert złożonych w postępowaniu (Polimex – 117 791 974, 49 zł, Odwołujący – 138 706 187,49 zł, Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. – 140 838 218,91 zł, Budimex S.A. – 144 666 490,00 zł, Erbud S.A. – 145 726 710,00 zł, Warbud S.A. – 146 254 847,90 zł i Konsorcjum Mota-Engil Central Europe – 149 165 869,70 zł), wskazując także na kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (165 400 000 zł). Podkreślił, że cena oferty Polimex znacznie odbiega od cen ofertowych pozostałych wykonawców, co daje podstawy do twierdzenia, że dokonana przez tego wykonawcę kalkulacja ceny ofertowej nie daje szans na wykonanie zobowiązań umownych zgodnie z SIWZ.

Wyjaśnienia złożone przez Polimex – według Odwołującego – nie zawierały wszystkich elementów, na które wskazywał w swoim wezwaniu Zamawiający, także na ponowne wezwanie ze strony Zamawiającego. Według niego wyjaśnienia Polimex nie zawierają rzeczowych dowodów ani argumentów na potwierdzenie, że wykonawca ten nie zaoferował realizacji kontraktu poniżej kosztów materiałów i stawek personelu, jak również z uwagi na fakt, iż kalkulacje przedstawione w wyjaśnieniach są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i realnymi stawkami rynkowymi, a także są niewiarygodne bądź też przyjęte nie w oparciu o wytyczne SIWZ, ale w oparciu o uznanie Polimex.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia składane Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie są jedynie formalnością i mają służyć ochronie środków publicznych i gwarantują zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu, stąd też Zamawiający nie może pomijać merytorycznej zawartości udzielnych wyjaśnień. Powołał się na orzecznictwo KIO, według którego wyjaśnienia lakoniczne są traktowane na równi z brakiem wyjaśnień, co powinno skutkować odrzuceniem oferty. Podkreślił, że czynniki, które Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wymienione zostały jedynie przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Istotne jest, aby te czynniki miały charakter obiektywny i odnosiły się (były właściwe) właśnie dla tego wykonawcy, który wyjaśnień udziela. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia Polimex, zostały przedstawione nierzetelnie, a w niektórych przypadkach stanowią także nieprawdziwe informacje.

Odwołujący powołując się na orzecznictwo sądów okręgowych wskazywał na pojęcie rażąco niskiej ceny, wskazując, że o takiej cenie możemy mówić wtedy gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Wskazując na zapisy SIWZ (pkt III F) oraz wyjaśnienia Zamawiającego treści SIWZ z dnia 13 października 2011 r. podał, że brak powoływania się przez Polimex w ofercie na materiały równoważne wskazuje, że przedmiotem wyceny i jego kalkulacji były materiały wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Dla przykładu Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania wskazał na konkretne przypadki elementów kalkulacji ceny ofertowej Polimex, które były przedmiotem wyjaśnień tego wykonawcy.

- 1) Wyjaśnienia dotyczące wykładziny dywanowej, poziom +2 - +6 – pokoje biurowe – pozycja 11 Tabeli Elementów Scalonych dla BUM (pyt. nr 1) – według Odwołującego są nierzetelne i przedstawiają nieprawdziwe informacje a podstawą tego twierdzenia jest oferta firmy Saint – Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. z dnia 7 października 2011 r., przedłożona przez Polimex. Odwołujący stwierdził, że Polimex przyjął dla tej wykładziny nierealny kurs Euro wobec PLN w wysokości 3,50 zł, a także przyjął, wbrew wskazanej ofercie, inny upust przez co Polimex zaniżył cenę metra kwadratowego wykładziny do 17,40 Euro, co powoduje niżenie tej pozycji na ponad 450 000 zł. Powyższe informacje – zdaniem Odwołującego – wskazują także na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania z uwagi na to, że przy wycenie Polimex powołuje się na założenie wykonania prac własnymi siłami podczas, gdy w ofercie wskazał, że siłami własnymi z robót budowlanych wykonana jedynie roboty żelbetowe i zbrojarskie.
- 2) Wyjaśnienia dotyczące płyt stropowych – pozycja II.11 Tabeli Elementów Scalonych dla BUM (pyt. nr 7) zdaniem Odwołującego także są informacjami nieprawdziwymi. Polimex przyznał się w nich do pominięcia w wycenie 29,2 ton konstrukcji stalowej BHE 360, zapominając, że zgodnie z wyjaśnieniami SIWZ (z dnia 6 października 2011 r. – pkt 18 i z dnia 28 września 2011 r. – pkt 85) w ofercie należało ująć w miejscu konstrukcji stalowej pomostu z profili HEB 360 nie występującej w dokumentacji projektowej (a występującej w przedmiarze) konstrukcję nośną z profili UPE 400. Podkreślił, że powyższe wpłynęło na wycenę oferty (450 000,00 zł za konstrukcję z zabezpieczeniem)

oraz wskazuje na niezgodność treści oferty Polimex z treścią SIWZ, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

- 3) Wyjaśnienia dotyczące robót ziemnych – pozycja 6 pytań do BUM i LCK zdaniem Odwołującego Polimex nie udzielił na podwójne zapytanie Zamawiającego w tym zakresie odpowiedzi. Wskazał bowiem na wycenę tej pozycji na poziomie ok. 14,45 zł/m<sup>3</sup>, odbiegającą znacznie od cen rynkowych o ponad 30% powołując się na własne zaplecze i własny sprzęt. Powyższe – według Odwołującego – nie jest wyjątkowe i nie uzasadnia zaproponowanej ceny. Odwołujący podważył także wyjaśnienia Polimex w tym zakresie, wskazując, że ogólnikowe wskazanie, że grunt zostanie wywieziony na teren budowy „*Budynek Centrum Innowacji i Zaawansowanych Technologii Politechniki Lubelskiej*” i że grunt zostanie wywieziony na inne lokalizacje bez ich wskazania oraz określenia proporcji wywożonego na poszczególne lokalizacje gruntu nie są wystarczające.
- 4) Wyjaśnienia dotyczące wykończenia stropów – strop w poziomie +1 do +6 – pozycja I.38 Tabeli Elementów Scalonych dla BUM (pyt. nr 6) zdaniem Odwołującego powołanie się przez Polimex na własne obmiary uzasadniające zaproponowanie kwoty 1 003 926,37 zł w wyniku uzyskanych w ten sposób oszczędności sięgających ponad 525 000 zł nie jest zasadne z uwagi na to, że każdy z wykonawców przygotowywał ofertę w oparciu o dokumentację projektową i własne obmiary. Obniżenie kosztów w tym zakresie o ponad pół miliona złotych według Odwołującego jest fikcją. Zaproponowana przez Polimex średnia cena netto to ok. 62 zł/m<sup>2</sup> sufitu podwieszanego przy ok. 13 000,00 m<sup>2</sup> ilości wymaganych w dokumentacji sufitów pokrywałaby koszty samego montażu sufitu na poziomie ok. 40 zł/m<sup>2</sup>. Za pozostałe 22 zł sufitu wymaganej klasy kupić zdaniem Odwołującego nie można, nie licząc już na zysk, koszty zakupu i inne elementy.
- 5) Wyjaśnienia dotyczące ścianki akustycznej – pozycja 1.4 Tabeli Elementów Scalonych dla LCK zdaniem Odwołującego wskazują na nierealną wycenę w tej pozycji. Bez znaczenia w tym zakresie jest – w jego ocenie – wskazanie przez Polimex na dotychczasowe doświadczenie oraz koszt ścian przesuwnych dla inwestycji „*Pułaski Park Naukowo-Technologiczny*”. Według Oferty Polimex – skoro wykonawca nie zaproponował rozwiązań równoważnych zgodnie z pkt III. F SIWZ – przyjął i wycenił ściankę referencyjną Dorma Moveo w wykończeniu fornirem, której wartość zgodnie z ofertą Dorma dla Odwołującego wynosi 742 479 zł netto, tj. 913 249,17 zł brutto. Przyjęta do wyceny Polimex ścianka ma wartość 413 695,08 zł brutto,

tj. 55% mniej. Wskazuje na niemożność uzyskania przez wykonawcę rabatu na poziomie 55%, nie mówiąc o innych rodzajach kosztach i zysku wykonawcy, który powinien być ujęty także w tej pozycji.

- 6) Wyjaśnienia dotyczące drzwi stalowych – pozycja I.56 Tabeli Elementów Scalonych dla LCK wskazują na wycenę tego elementu w oparciu o ofertę cenową na poziomie: 445 244,20 zł brutto. Tymczasem w samej ofercie Polimex wycena tego elementu została dokonana na poziomie: 384 707,03 zł brutto, zatem poniżej kosztów zakupu o ok. 14%. Zdaniem Odwołującego Polimex także w tej pozycji podał nieprawdziwe informacje.
- 7) Wyjaśnienia dotyczące świetlików dachowych – pozycja I.61 Tabeli Elementów Scalonych dla LCK wskazują na koszt jednostkowy świetlika 1 293,23 zł/m<sup>2</sup> netto. Łączna powierzchnia świetlików według dokumentacji projektowej to według Odwołującego 53,12 m<sup>2</sup>. Zdaniem Odwołującego wycena tej pozycji w ofercie Polimex nie jest wiarygodna (wyceniono łącznie tę pozycję na 31 293,09 zł netto, tj. 38 490,50 zł brutto, dokonując przemnożenia wymaganego metrażu świetlików 53,12 m<sup>2</sup> x 1 293,23 zł/m<sup>2</sup> otrzymujemy wartość 68 696,40 zł netto, tj. 84 496,54 zł brutto). Według Odwołującego wyjaśnienia Polimex są niewiarygodne i wskazują na to, że Polimex skalkulował świetliki według przedmiaru nie korygując błędnego obmiaru.
- 8) Wyjaśnienia dotyczące fontanny – pozycja I.80 Tabeli Elementów Scalonych dla LCK wskazują na wycenę tej pozycji na poziomie 178 418,27 zł i uwzględnienie pozostałej części kwoty w pkt 8 poz. XVI „*instalacje wod.-kan.*” Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te są niewiarygodne, a Polimex nie wyspecyfikował, że kwota wpisana w tym elemencie dotyczy fontanny, czego żądał Zamawiający. Podkreślił, że Polimex nie wypełnił w tym zakresie pola „*Inne niezbędne roboty do wykonania w celu oddania bud. do użytkowania wskazane przez wykonawcę*”, co byłoby właściwe dla wpisania takich elementów. Podkreślił, że wycena fontanny przez Polimex na poziomie 178 419,27 zł jest nierealna przy wartości rynkowej tych robót na poziomie 900 000,00 zł. Podniósł, że wyjaśnienia dotyczące instalacji sanitarnych oparte są na dwóch ofertach podwykonawców z hurtowni Saint – Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. Odwołujący powołał się na uzyskane przez siebie z serwisów internetowych raporty na temat firm budowlanych, stanowiących potencjalnych podwykonawców Polimex w zakresie wykonania instalacji sanitarnych, które wskazują - jego zdaniem - na zatrudnienie od 1 do 9 osób w roku ubiegłym, co podważa ich wiarygodność. Analiza ofert na



materiały instalacyjne (Saint – Gobain) – zdaniem Odwołującego – prowadzi do wniosku, że dotyczą one innego zakresu niż załączone zestawienia materiałowe

- każda z ofert zawiera tylko jedną cenę za całość danego materiału i wskazuje, że cena dotyczy zestawienia materiałów według załącznika, tymczasem tych specyfikacji brak w załączeniu do ofert, a w ich miejsce złożone zostały zestawienia materiałów z przedmiarów robót bez podania cen jednostkowych i jakichkolwiek wyliczeń, załączone zestawienia materiałów nie mają żadnej autoryzacji pod oferty zestawienia zawiera .
- oferta na kanały wentylacyjne wskazuje, że kwota 1 171 467,27 zł dotyczy kanałów wentylacyjnych tymczasem załączone pod ofertą zestawienie materiałów zawiera inny o wiele większy asortyment
- wszystkie oferty na materiały pochodzą z jednej hurtowni (Saint Gobain).

Odwołujący podkreślił, że szczególnie jaskrawym przykładem zaniżenia ceny w zakresie instalacji sanitarnych jest instalacja tryskaczowa. Polimex zaproponował tutaj dla obydwu budynków (BUM i LCK) łączną cenę: 1 005 692,22 zł, zaś średnia cena tego elementu u pozostałych wykonawców to 2 119 193,71 zł.

- 9) Wyjaśnienia dotyczące instalacji elektrycznych oparte są o oferty dwóch firm. dla budynku BUM średnia cena innych ofert to 7 743 205,49 zł brutto, zaś oferta Polimex to 4 348 050,00 zł, tj. o ponad 40% mniej. Zdaniem Odwołującego nawet dostęp do taniej robocizny nie pozwala realnie uzyskać takich cen. Podobna sytuacja miała miejsce co do budynku LCK – średnia cena ofert pozostałych wykonawców: 5 001 067,12 zł zaś cena Polimex to 2 635 152,00 zł. Łączne różnice we wskazanym zakresie wskazują na 55% średniej pozostałych ofert.
- 10) Wyjaśnienia dotyczące instalacji niskoprądowych także zdaniem Odwołującego są nieadekwatne – dla budynków BUM i LCK wycena Polimex wynosi: 3 237 971,31 zł, zaś średnia cena ofert pozostałych wykonawców za ten element to: 5 561 408,25 zł, czyli jest wyższa ponad 70%. Odwołujący powołał się na wyjaśnienia Polimex, do których załączono ofertę E-Media s.c., w której wskazano na wycenę poszczególnych instalacji niskoprądowych. Odwołujący podniósł, że na wskazany zakres prac oferent Odwołującego firma Elektromontaż Lublin otrzymała ofertę z tej samej firmy za ceny na wyższym poziomie. Różnica pomiędzy wyjaśnieniami Polimex a ofertą Odwołującego wynosi 100%.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych wskazywał na enigmatyczność wyjaśnień Polimex oraz podał, że posiadanie własnego zakładu budownictwa w Lublinie nie ma żadnego znaczenia z uwagi na to, że zgodnie z ofertą Polimex większość prac zostanie przez tego wykonawcę zlecona podwykonawcom.

Odwołujący podniósł także, że powyższe wskazuje także na konieczność odrzucenia oferty Polimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. z powodu błędu w obliczeniu ceny. Powołał się na zapisy pkt XII SIWZ, gdzie Zamawiający wyspecyfikował, jaki elementy i koszty powinna zawierać cena ofertowa. Wskazał także na pkt XII.5 SIWZ, zgodnie z którym do oferty należało załączyć Tabelę Elementów Scalonych, zaś wskazana Tabela załączona do oferty Polimex doprowadziła do konieczności skierowania przez Zamawiającego wezwania do Polimex do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Udzielone wyjaśnienia stanowią – według Odwołującego – błąd w obliczeniu ceny, który nie nadaje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Podkreślił, że niektórych pozycji Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie poprawić. Dla przykładu wskazał znaczące zmiany treści oferty, które byłyby skutkiem poprawienia stwierdzonych w ofercie Polimex błędów. Bez znaczenia – według Odwołującego – w tym zakresie jest charakter ceny przyjęty dla niniejszego zamówienia w szczególności gdy jedynym kryterium oceny ofert jest kryterium cenowe.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy w dniu 13 grudnia 2011 r. złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, że wystąpił do wykonawcy Polimex z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, gdzie określił precyzyjnie jedynie elementy oferty, które wzbudzały jego wątpliwości. Nie zgodził się z Odwołującym, że miał obowiązek żądać wyjaśnień dotyczących całości składanych cen oferty. Zamawiający odmiennie od Odwołującego interpretuje różnice cenowe, które zaistniały pomiędzy złożonymi ofertami. Według niego różnica pomiędzy ofertą najkorzystniejszą, a ofertą Odwołującego wynosi jedynie 15,08%. Według niego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, że oferta najkorzystniejsza oparta jest na nierzetelnej kalkulacji i zawiera cenę niewiarygodną lub nierealistyczną. Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że ciężar dowodu w takiej sytuacji spoczywa na Odwołującym.

Zamawiający podniósł również, że w przedmiotowym postępowaniu przyjęte wynagrodzenie ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego (rozdz. XII ust. 1 SIWZ oraz § 2 ust. 4 Istotnych Postanowień Umowy). Zgodnie z tym ryzyko i odpowiedzialność za

błędną kalkulację wartości oferty ponosi wykonawca. Podkreślił, że badając ofertę Polimex i złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia wziął pod uwagę fakt wieloletniego doświadczenia wykonawcy w realizacji wielu robot budowlanych.

Co do kalkulacji ceny za wykładzinę podkreślił, że Polimex przedstawił ofertę podwykonawcy na relację konkretnego zamówienia, w której to ofercie przedstawiony został stosowny upust. Przyjęty w tym zakresie kurs euro oparty został na założeniach makroekonomicznych na 2014 r., zatwierdzonych przez Radę Ministrów, a dodatkowo w tym zakresie istnieją odpowiednie instrumenty pozwalające zabezpieczyć się wykonawcy przed ryzykiem kursowym.

Co do płyt stropowych podkreślił, że Polimex nie przyznaje się w swoich wyjaśnieniach do całkowitego pominięcia konstrukcji stalowej, a jedynie stwierdza, że konstrukcja stalowa HEB 360 zawarta w przedmiarze nie występuje w dokumentacji technicznej. Wykonawca ten potwierdził, że profile UPE 400 jako elementy konstrukcyjne zostały uwzględnione w wycenie oferty w rozdziale „*Konstrukcje stalowe.*”

Co do robot ziemnych podkreślił, że Polimex wyjaśnił, że w swojej strukturze posiada zakład zajmujący się wykonywaniem robót drogowych i ziemnych oraz posiada własne zaplecze sprzętowe, co skutkuje tym, że koszty tych prac są znacznie niższe. Wykonawca ten wskazał, że wartość robót ziemnych obejmuje koszty transportu gruntu na odległość do 10 km podczas gdy część ziemi ma być zagospodarowana przy budowie budynku „*Centrum Innowacji i Zaawansowanych Technologii Politechniki Lubelskiej*” oddalonych od miejsca planowanych inwestycji o 1,5 km. Zamawiający wskazał też na kalkulację przygotowaną przez Inwestora zastępczego w tym postępowaniu, zgodnie z którą rynkowy koszt wywozu gruntu na odległość 1 km to koszt 12 zł/m<sup>3</sup>.

Co do stropów podkreślił, że Polimex w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że na podstawie dokonania własnych obmiarów dokonał korekty przedmiaru inwestorskiego, który stanowił dokument pomocniczy w postępowaniu, z 13 117,96 m<sup>2</sup> do 10 332,76 m<sup>2</sup>, co dało różnicę 2 785,20 m<sup>2</sup>. Zamawiający wskazał na postanowienia rozdz. XII ust. 4 SIWZ, zgodnie z którym przedmiar dołączony do SIWZ był wyłącznie dokumentem informacyjnym, z którego wykonawca mógł skorzystać, ale nie miał takiego obowiązku. Przedmiary pełniły bowiem funkcję pomocniczą pod względem ilościowym, jak i rodzajowym – mogły i powinny być korygowane przez wykonawcę poprzez dokonanie pomiarów własnymi środkami i siłami. Ze względu na te rozbieżności Zamawiający zwrócił się do projektantów o ponowne zweryfikowanie tej pozycji przedmiarów i po sprawdzeniu tego projektanci stwierdzili, że Polimex miał rację dokonując w tym zakresie korekty. Przyjmując zatem powierzchnię wyliczoną przez Polimex średnia cena netto za 1 m<sup>2</sup> sufitu wynosi ok. 79 zł, a nie - jak sugeruje Odwołujący - 62 zł. W tym zakresie Zamawiający wskazał, że to Odwołujący dokonał błędnych obmiarów dla wskazanej pozycji.

Co do ścianki akustycznej podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie niezbitych dowodów na rażące zaniżenie ceny dla tego elementu. Polimex zaś w swoich wyjaśnieniach wskazał, że wycenę opracowano na podstawie dotychczasowego doświadczenia i na podstawie kosztów ścian wykonywanych w bieżącym roku.

Co do drzwi stalowych podkreślił, że Polimex przedstawił oferty dostawców na realizację konkretnego zamówienia i składał swoją ofertę po wcześniejszym rozpoznaniu rynku dostaw i wynegocjowaniu rabatów, zaś Zamawiający nie może kwestionować wysokości rabatów, jakie uzyskał wykonawca od danego dostawcy.

Co do świetlików dachowych podkreślił, że Zamawiający zauważył omyłkę w obliczeniach Polimex dotyczących świetlików jednak ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia konsekwencje tej omyłki ponosi wykonawca. Zamawiający podkreślił, że omyłka ta miała charakter nieistotny.

Co do fontanny podkreślił, że zgodnie z wyjaśnieniami Polimex w pozycji dotyczącej fontanny pokazana została wartość samej konstrukcji, zaś instalacja fontanny został uwzględniona w poz. XVI „*Instalacje wod.-kan.*” w pkt 8 „*Inne niezbędne roboty do wykonania ...*” co daje wartości: 178 419,27 zł + 666 506,20 zł = 844 925,47 zł brutto i jest kwotą wyższą nawet od założonej przez kosztorysanta w kosztorysie inwestorskim (wartość: 713 400,00 zł).

W zakresie instalacji sanitarnych Zamawiający podkreślił, że informacje posiadane przez Odwołującego z internetu nie muszą świadczyć o rzeczywistych mocach przerobowych danej firmy. Wskazał, że na przedstawionej wycenie materiałów widnieją podpisy oferenta na danej ofercie, szczegółowe zestawienie stanowi natomiast część przedmiaru dostarczonego przez Zamawiającego, na które powołuje się oferent. Podkreślił, że oferty na kanały wentylacyjne nie obejmują samych kanałów o czym świadczy opis asortymentu (zestaw kanałów wentylacyjnych wraz z odniesieniem w wyszczególnieniu do załączonego zestawienia). Sama pozycja w nazwie ma także wskazanie: „*Kanały wraz z uzbrojeniem*” i o wyjaśnienie tej pozycji Zamawiający zwrócił się do Polimex. Podkreślił też, że wentylacja w Tabeli Elementów Scalonych obejmuje jeszcze „*Urządzenia i Roboty Izolacyjne*”. Co do instalacji tryskaczowej Zamawiający zwrócił uwagę, że to Odwołujący ma bardzo wygórowane ceny, które są prawie dwukrotnie wyższe w stosunku do pozostałych oferentów. Jednocześnie łączna kwota zaproponowana przez Odwołującego jest o 65% wyższa w stosunku do ceny z kosztorysu inwestorskiego.

Co do instalacji elektrycznych i niskoprądowych podkreślił, że Polimex w swoich wyjaśnieniach przedstawił oferty dwóch podwykonawców na realizację konkretnego zamówienia, na podstawie których sporządził swoją ofertę dla Zamawiającego. Zapytania te zostały skierowane do lubelskich firm znających dobrze lokalny rynek, stąd też Zamawiający nie miał podstaw by kwestionować zaproponowane przez te firmy ceny.

### III. Stanowisko Przystępującego Polimex

Polimex zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił, że zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ustawy Pzp oraz żądania odwołania nie zasługują na uwzględnienie, gdyż oferta Polimex nie zawiera rażąco niskiej ceny, co zostało udowodnione – w jego ocenie - w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Przystępujący nie zgodził się też z Odwołującym, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Polimex złożył także do akt sprawy szczegółowe pisemne stanowisko w sprawie. Podniósł tam, że różnica pomiędzy ceną oferty złożonej przez Polimex, a ceną oferty złożonej przez Odwołującego wynosi ok. 15%. Powyższe nie upoważnia Odwołującego – zdaniem Przystępującego - do stwierdzenia, że wycena Polimex jest nierealistyczna. Podkreślił, że profesjonalna firma, jaką jest Polimex jest obecna na rynku budowlanym znacznie dłużej niż każda z firm tworzących konsorcjum Odwołującego i jest w stanie realnie oszacować koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Zarzuty podniesione w odwołaniu nie służą zachowaniu uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym lecz jedynie wyeliminowaniu Przystępującego, który wnikliwie przeanalizował dokumentację techniczną oraz dokonał lepszego rozpoznania cen rynkowych. Przykładowo Przystępujący wskazał na kilka pozycji wyceny zaprezentowanej przez Odwołującego, które dowodzą – jego zdaniem - braku właściwego rozpoznania rynku przez Odwołującego, co pozbawia Odwołującego prawa do orzekania o jakości wyceny dokonanej Polimex.

Niezależnie od powyższego odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu Przystępujący wskazał co następuje:

Ad.1 / Dot. poz. 1.11 P4 - wykładzina dywanowa , poziom +2 - +6, pokoje biurowe:

Co do tej pozycji Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia dotyczące cen wykładziny dywanowej są nie tylko nierzetelne, ale też nieprawdziwe w świetle oferty firmy Saint - Gobain Dystrybucja Budowlane Sp. z o.o. Przystępujący podniósł, że:

1. Art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, jak wynika także z komentarza do tego przepisu pod red. J. Pieroga (wyd. C.CH. BECK 2010) wskazuje na obowiązek żądania przez Zamawiającego od wykonawcy, aby wskazał w ofercie te części zamówienia, których wykonanie powierzy podwykonawcom. Wskazanie konkretnych części nie wywołuje jednak skutku w postaci obowiązku powierzenia wykonania tych części podwykonawcom; wykonawca ma prawo wykonać je samodzielnie. Polimex mając świadomość interpretacji w/w przepisu oraz

korzystając z bogatego doświadczenia na tle realizacji inwestycji podlegających przepisom ustawy Pzp wypracował praktykę zgodnie, z którą wskazuje w ofercie jak najszerszy katalog robót, które mogą być powierzone podwykonawcom, by nie zamknąć sobie drogi do powierzenia danego zakresu robót podwykonawcy w przyszłości. Niezależnie od powyższego część z tych robót Polimex zamierza wykonać siłami własnymi. Dlatego też wyjaśnienia wskazujące na fakt, że Polimex założył wykonanie robót związanych z wykonaniem wykładziny dywanowej nie mogą być oceniane, jako sprzeczne z ofertą.

2. Zgodnie z ofertą firmy Saint Gobain „*Wartości euro przeliczane są w dniu zamówienia po średnim kursie sprzedaży NBP*”. Podkreślił, że faktyczny kurs euro dla 2014 r. tj. dla okresu kiedy wykładziny będą zamawiane i układane nie jest możliwy do przewidzenia w sposób jednoznaczny i bezsporny. Polimex wykorzystał w tym zakresie prognozy Ministerstwa Finansów, które jego zdaniem są bliższe rzeczywistości niż zakładanie spekulacyjnego kursu euro aktualnie występującego na rynku.

3. Zastosowanie dodatkowego upustu w wysokości 40% od oferty złożonej przez firmę Saint Gobain, w związku z założeniem dokonania przedpłaty, jest zgodne z tą ofertą. Zgodnie z pkt 3 oferty zamieszczonym poniżej tabeli z ceną:

„Realizacja zamówienia możliwa w ramach przyznanego limitu kupieckiego oraz braku przeterminowanych płatności lub przedpłaty”. Powyższe oznacza, że firma Saint Gobain przygotowując ofertę nie wiedziała jaki sposób płatności wybierze Polimex, a zatem nie mogła uwzględnić w cenie upustu w wysokości 40% z tytułu przedpłaty.

Dodatkowo podniósł, że producent zaprojektowanych wykładzin dywanowych tj. firma InterfaceFLOR jest firmą amerykańską, która w Europie posiada tylko trzy zakłady produkcyjne: w Wielkiej Brytanii, Irlandii oraz Holandii. Polimex złożył zapytanie ofertowe do:

- 1) jedyne go przedstawiciela firmy InterfaceFLOR na Polskę
- 2) oraz firmy Saint Gobain należącej do koncernu Saint-Gobain, która ma swoje przedstawicielstwo w Wielkiej Brytanii, gdzie znajduje się główna siedziba na Europę firmy InterfaceFLOR.

Cena zaoferowana przez przedstawiciela InterfaceFLOR na Polskę była – według Przystępującego - znacznie wyższa od ceny wykładziny dywanowej na rynku brytyjskim, dlatego Polimex zdecydował się na zakup tego materiału bezpośrednio w Wielkiej Brytanii. Zakup wykładziny dywanowej za pośrednictwem firmy Saint Gobain zostanie zrealizowany w Euro. Polimex podkreślił, że ma możliwość kumulacji tej waluty w okresie korzystnego kursu, gdyż uzyskuje znaczną ilość przychodów związanych z działalnością eksportową właśnie w tej walucie.

Ad.2/ Dot. poz. 11.11 Płyty stropowe pref. nad kondygnacjami nadziemnymi (K1-K5)  
gr 12 cm:

Przystępujący podniósł, co następuje:

1. Z wyjaśnień Polimex złożonych 2 listopada 2011 r. wynika jednoznacznie, że konstrukcja stalowa HEB 360 to konstrukcja tymczasowa podpierająca szalunek z blachy trapezowej i w wycenie została uwzględniona jej dzierżawa.
2. Profile UPE 400 jako elementy konstrukcyjne, znajdujące się w wykazach podstawowej konstrukcji stalowej, będących częścią przekazanej do wyceny dokumentacji projektowej zostały uwzględnione w wycenie ofertowej w rozdziale „*Konstrukcje stalowe*” zgodnie z przedmiarem inwestorskim.
3. Odpowiedzi Zamawiającego miały jedynie charakter informacyjny. Nie wprowadzały dodatkowej konstrukcji stalowej do wyceny i nie wskazywały, gdzie należy uwzględnić wycenę.

Ad.3/ Dot. poz. 11.2 Roboty ziemne (dot. BUM oraz LCK):

Przystępujący w wyjaśnieniach i ich uzupełnieniu wskazał na elementy mające wpływ na możliwość zaoferowania takiej ceny związane z tym, że:

1. Firma posiada w swojej strukturze zakład zajmujący się wykonaniem robót drogowych oraz dysponuje własnym zapleczem sprzętowym, co umożliwia wykonanie tych prac siłami własnymi.
2. Polimex przewidział zagospodarowanie części mas ziemnych na realizowanej przez firmę inwestycji pn. „Budynek Centrum Innowacji i Zaawansowanych Technologii Politechniki przy ul. Nadbystrzyckiej w Lublinie”. Powyższe umożliwiło odpowiednie obniżenie ceny o koszt jaki musiałby ponieść Polimex, gdyby ziemię na inwestycję realizowaną dla Politechniki Lubelskiej musiał zakupić i dowieźć z innych miejsc. Podkreślił, że odległość Budynku Urzędu Marszałkowskiego od Budynku Centrum Innowacji i Zaawansowanych Technologii Politechniki Lubelskiej wynosi 1,5 km.
3. Dodatkowo Polimex przekazał załączniki do dwóch umów na roboty ziemne realizowanych w latach 2010-2011. Wycena robót ziemnych na niniejszej inwestycji – według Przystępującego - została sporządzona z uwzględnieniem wykonania prac siłami własnymi i skomplikowanego charakteru tych prac i jest odpowiednio wyższa niż ceny jednostkowe zawarte w tych załącznikach. Powyższe potwierdza, że cena przyjęta przez Polimex na tej inwestycji nie odbiega od cen rynkowych.

Argumenty Odwołującego, mające na celu podważenie wyjaśnień złożonych przez Polimex tym, że okoliczności mające wpływ na obniżenie ceny na które powołuje się Polimex „nie są wyjątkowe na tle innych ofert” nie mogą być brane pod uwagę. Przystępujący zadał pytanie, skąd Odwołujący ma wiedzę w jaki sposób inni oferenci kalkulowali cenę.

Ad.4/ Dot. poz.1.38 Wykończenie stropów - strop w poziomie +1 do +6:

Ze stanowiska Odwołującego w tym przedmiocie – zdaniem Przystępującego - wynika pewna sprzeczność, gdyż Odwołujący z jednej strony podnosi, że każdy z oferentów mógł przyjąć do wyceny własny obmiar, a z drugiej strony wskazuje, na „niekwestionowaną” ilość sufitów podwieszanych i wyciąga z tego konsekwencje wyliczając cenę jednostkową zaoferowaną przez Polimex na kwotę 62 zł/m<sup>2</sup>. Odnosząc się do w/w zarzutów Polimex ponownie wyjaśnił:

1. Łączna powierzchnia stropów podwieszanych wg obmiarów wykonanych przez Polimex wynosi 10 332,76 m<sup>2</sup>, co daje średnią cenę jednostkową brutto 97,16 zł/m<sup>2</sup> sufitu podwieszanego.
2. Ilości robót podane przez Odwołującego nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji technicznej określającej przedmiot zamówienia.
3. W/w dane dotyczące tego o ile przedmiary inwestorskie zostały zweryfikowane po sporządzeniu własnych obmiarów, z rozbiciem na poszczególne typy sufitów podwieszanych zostały przekazane Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 2 listopada 2011 r. i zostały przez Zamawiającego zaakceptowane.

Ad. 5/ Dot. poz. 1.4 Ściana akustyczna składana:

Co do tego zarzutu Polimex ponownie podkreślił, że przyjęta cena jest oparta na dotychczasowych doświadczeniach w zakresie zlecenia analogicznych ścian akustycznych. Podkreślił, że zarzut Odwołującego może wynikać z tego, że oferta Odwołującego zawiera w tym zakresie cenę znacznie zawyżoną w stosunku do średniej ceny wynikającej z pozostałych ofert. Średnia cena z ofert pozostałych uczestników przetargu wynosi 591 839,30 zł, natomiast wycena Odwołującego to 888 570,91 zł, co oznacza, że jest wyższa od średniej z pozostałych ofert o 296 731,61 zł. Wycena Polimex wynosi 413695,08 zł i jest niższa od średniej z ofert pozostałych uczestników przetargu o 178144,22 zł.

W tej sytuacji duże dysproporcje pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego, a ceną zaoferowaną przez Polimex nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie rażąco niskiej ceny.

Ad. 6/ Dot. poz. 1.56 Drzwi stalowe:

Polimex w tym zakresie wyjaśnił, że:

1. Oferta firmy Mercor została przygotowana na podstawie przedmiaru inwestorskiego, jeszcze przed skorygowaniem przez Polimex obmiarów. Oferta zawiera ceny jednostkowe i ilości. Oferta została załączona do wyjaśnień wyłącznie w celu sprawdzenia przez Zamawiającemu cen poszczególnych typów drzwi. W załączeniu przekazał wskazaną ofertę ze zweryfikowanymi pod dokumentację techniczną ilościami drzwi stalowych.



2. Konstruując własną cenę Polimex założył wynegocjowanie dodatkowego upustu cenowego od firmy Mercor, zgodnie z Ogólnymi warunkami realizacji podanymi w ich ofercie: „Przedstawiona oferta, jej treść i warunki realizacji mogą ulec zmianie, o ile strony w drodze negocjacji uzgodnią inaczej oraz podlegają uszczegółowieniu w przypadku przystąpienia stron do realizacji umowy”. Wskazał na dotychczasową praktykę stosowaną przy zawieraniu umów pomiędzy Polimex, a firmą Mercor oraz z uwagi na odległy okres realizacji zamówienia w zakresie przedmiotowych drzwi założenie dodatkowych upustów cenowych było uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu wprowadzania Zamawiającego w błąd poprzez używanie nieprawdziwych informacji oraz do zarzutu zaniżania ceny ofertowej Przystępujący zwrócił uwagę na fakt, iż :

1) Wartość oferty firmy Mercor w zakresie drzwi stalowych, po skorygowaniu ilości pod dokumentację techniczną nawet bez stosowania dodatkowych upustów cenowych wynosi 364 674,09 zł brutto (296 483 zł netto) i mieści się wycenie ofertowej Polimex, która wynosi 384 707,03 zł brutto.

2) Wartość oferty firmy Mercor przygotowana na podstawie przedmiaru inwestorskiego (bez uwzględnienia weryfikacji ilości drzwi), w zakresie drzwi stalowych opiewa na kwotę 395 157,18 zł brutto (321266 zł netto), a nie jak błędnie podał Odwołujący na kwotę 445 244.2 zł. Podkreślił, że z oferty wynika, że nie jest ostateczna i zakłada przeprowadzenie przez strony (w przyszłości ) dalszych negocjacji cenowych.

Ad. 7/ Dot. poz. 1.61 Świetliki dachowe:

Co do tej pozycji Przystępujący wskazał na odpowiedź nr 36 na pytanie do SIWZ dotyczące ilości świetlików, gdzie Zamawiający wskazał, że: „Przypominamy, że przedmiar ma tylko charakter informacyjny i pomocniczy (rozdz. XII ust. 4 SIWZ, Zał. Nr 9 do SIWZ s.2)”. Powyższe oznacza, że Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wskazał w odpowiedzi na pytania, iż przedmiar w zakresie dotyczącym świetlików zawiera błędne dane i nie podał nowego obmiaru dotyczącego świetlików. Polimex ustalił cenę świetlików dachowych na podstawie własnego obmiaru, co jest zgodnie z pkt XII ust. 4 i 5 SIWZ, które stanowią, że przedmiar robót, dołączony do SIWZ jest wyłącznie dokumentem informacyjnym, z którego może skorzystać wykonawca, ale nie ma takiego obowiązku. Przedmiary pełnią tylko pomocniczą funkcję zarówno pod względem ilościowym, jak i rodzajowym - mogą być i powinny być korygowane przez wykonawcę. Zgodnie ze wskazanymi wymogami SIWZ nie było wymagane załączenie do oferty kosztorysu ofertowego. Wykonawca w formularzu ofertowym był zobowiązany przedstawić poziom cen Tabeli Elementów Scalonych (odrębna tabela dla każdego zadania inwestycyjnego) oraz wartość całkowitą oferty. Kosztorys zaś będzie złożony przed zawarciem umowy przez wykonawcę, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Wykonawca zobowiązany będzie w oparciu

o SIWZ do określenia w kosztorysach precyzyjnych nazw materiałów zgodnie z dokumentacją projektową lub równoważnych. W przypadku nieokreślenia materiału lub określenia nieprecyzyjnego Zamawiający zastrzegł sobie prawo wyboru materiału. Niezależnie od dokonanych korekt obmiarów wykonawca był zobowiązany do wykonania wszystkich robót składających się na dokumentację projektową. W związku z powyższym zarzut Odwołującego sprowadza się do tego, że oferta Polimex powinna być odrzucona, gdyż wykonawca ten przyjął do oferty inny obmiar robót niż Odwołujący.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podniósł, że cena ofertowa zgodnie ze SIWZ i istotnymi postanowieniami umowy w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Powołując się na orzecznictwo KIO skoro przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty, składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, nawet wówczas, jeżeli nie wynikałyby z przedmiarów robót, to oznacza to, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę.

Ad.8/ Dot. poz. 1.80 Fontanna, instalacje sanitarne:

Polimex wskazał, że przyjęcie przez niego, aby roboty budowlane związane z wykonaniem fontanny wycenić w poz. 1.80 Fontanna (pozycja znajduje się w robotach branży budowlanej, w dziale „Elewacje” ), a technologię wodną wycenić w poz. XVI.8 (pozycja znajduje się w robotach związanych z branżą instalacyjną - pkt. XVI) nie stoi w sprzeczności z wytycznymi Zamawiającego dot. konstruowania ceny ofertowej. Podkreślił, że wyjaśnienie Polimex w tym zakresie zostało zaakceptowane przez Zamawiającego.

Co do instalacji sanitarnych Polimex wyjaśnił, że oferta w branży sanitarnej została przygotowana przy założeniu, że całość dostaw materiałów i urządzeń zostanie zrealizowana przez generalnego wykonawcę natomiast podwykonawca wykona roboty z powierzonych materiałów przy użyciu własnych zasobów ludzkich oraz przy użyciu własnego sprzętu. W związku z tym, że na etapie składania oferty Zamawiający zrezygnował ze składania szczegółowych kosztorysów Polimex zwrócił się do swojego stałego dostawcy firmy Saint Gobain w celu przedstawienia oferty cenowej dla poszczególnych instalacji w oparciu o dostarczone limity materiałowe. Oferta cenowa tej firmy p.t. „Zestawienie kanałów wentylacyjnych” została opracowana wg załączonego zestawienia materiałowego pt. „Kanały wraz z uzbrojeniem”. Oferta według Przystępującego zawiera wszystkie produkty ujęte w dziale XI. 1. tabeli elementów scalonych dla LCK. Podkreślił, że oferta ta obejmuje całość kanałów wentylacyjnych i uzbrojenie. Wycena tej firmy obejmuje wycenę klimakonwektorów, a nie klimatyzatorów jak to przedstawia w swoim odwołaniu Odwołujący, są to zupełnie inne produkty. Podkreślił, że współpraca Polimex z wymienionym dostawcą trwa już od kilku lat i układa się bardzo dobrze, czego wyrazem jest udzielony Przystępującemu kredyt kupiecki

w kwocie 5 mln zł na dostawy urządzeń i materiałów. Firma ta zrealizowała dla Polimex kompleksową dostawę materiałów i urządzeń dla takich obiektów jak:

- WER Poczta Polska w Lublinie,
- Centrum Chopinowskie w Warszawie,
- Instytut Podstawowych Problemów Techniki PAN w Warszawie,
- Puławski Park Naukowo Technologiczny w Puławach.

Podniósł, że podwykonawcy, którzy złożyli Przystępującemu oferty na wykonanie robót współpracują z Polimex stale przy realizacji prowadzonych przez Przystępującego inwestycji i są mu znane nie tylko z Internetu, ale również z codziennej współpracy, co upoważnia Polimex do stwierdzenia ze dysponują wystarczającym potencjałem dla zrealizowania oferowanych zadań. Wskazał na ich zatrudnienie między innymi przy takich obiektach jak:

- Sąd Okręgowy i Apelacyjny w Łodzi,
- Sąd Rejonowy w Zgierzu,
- Komenda Policji w Radzynie Podlaskim,
- Instytut Podstawowych Problemów Techniki PAN w Warszawie,
- WER Poczta Polska w Lublinie,
- Puławski Park Naukowo Technologiczny w Puławach,

Ad. 9 i 10/ Instalacje elektryczne i niskoprądowe:

W odniesieniu do tych pozycji Przystępujący wskazał, że oferta na roboty w zakresie instalacji elektrycznych i słaboprądowych została przygotowana w oparciu o oferty firmy E-Media oraz Optronik. Obie firmy współpracują z Polimex od wielu lat i w tym czasie zrealizowały dla nas roboty o wartości przekraczającej 54 mln zł na obiektach takich jak:

- WER Poczta Polska w Lublinie,
- Centrum Chopinowskie w Warszawie,
- Główny Inspektorat Sanitarny w Warszawie,
- Komenda Policji w Radzynie Podlaskim,
- Biblioteka Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego

Podniósł, że oferta jaką otrzymał Elektromontaż Lublin od firmy E-Media nie uwzględniała korekty zakresu robót dokonanej przez Polimex w stosunku do przedmiarów dostarczonych przez Zamawiającego. Dodatkowo zwrócił uwagę na fakt, że Polimex uzyskuje znaczącą część przychodów z tytułu eksportu swoich wyrobów w walutach wymiennalnych, co powoduje, że może zaoferować swoim podwykonawcom wypłatę zaliczek na zakup materiałów i urządzeń na preferencyjnych warunkach dotyczących kursu wymiany. Powyższe uwarunkowania Polimex wskazują na to, że Przystępujący uzyskuje znacznie korzystniejsze oferty na roboty specjalistyczne niż konkurencja.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy oraz dowody złożone w toku rozprawy przez Odwołującego i Zamawiającego, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła krąg uczestników niniejszego postępowania odwoławczego. Izba uznała, że wykonawca Polimex, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnił wszystkie wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, pozwalające mu na uzyskanie statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Izba jednocześnie stwierdziła, że powyższe wymogi nie zostały wypełnione przez drugiego ze zgłaszających przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, tj. wykonawcy Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie przystąpienia skierowane do Prezesa Izby w imieniu wykonawcy Erbud S.A. zostało podpisane przez Pana Krzysztofa K. – radcę prawnego. Do tego zgłoszenia nie zostały załączone żadne dokumenty potwierdzające umocowanie wskazanej osoby do działania w imieniu Erbud S.A. Dopiero na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 13 grudnia 2011 r. stający w imieniu Erbud S.A. pełnomocnik przedłożył do akt sprawy kopię pełnomocnictwa z dnia 24 lutego 2010 r. udzielonego mu przez osoby umocowane do reprezentacji w imieniu Erbud S.A. Treść przywołanego pełnomocnictwa wskazuje na to, że jest to pełnomocnictwo do reprezentowania Spółki przed wszystkimi sądami, organami administracji, instytucjami, podmiotami gospodarczymi i osobami fizycznymi w sprawach związanych z działalnością Spółki bądź jej dotyczących. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że zakres przedłożonego pełnomocnictwa nie uprawniał osoby, która podpisała wskazane zgłoszenie przystąpienia do dokonania tej czynności w imieniu wskazanej spółki. Wskazane pełnomocnictwo bez wątpienia jest pełnomocnictwem o charakterze ogólnym. Wskazuje ono bowiem tylko na możliwość reprezentacji spółki przed określonymi podmiotami, wśród których dodatkowo nie wymienia się Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do którego to podmiotu składa się zarówno odwołanie, jak i zgłoszenie przystąpienia. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – może złożyć wyłącznie wykonawca. Tym samym działająca w takim przypadku w imieniu wykonawcy osoba (pełnomocnik) powinna wykazać się przed

Izba stosownym umocowaniem do działania w imieniu wykonawcy i na jego rzecz. Zgodnie z ukształtowaną linią orzeczniczą dotyczącą zakresu umocowania do składania środków ochrony prawnej (np. postanowienie KIO z dnia 10 lutego 2011 r. sygn. akt: KIO 192/11) do ich skutecznego złożenia wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe. O rodzajowym pełnomocnictwie możemy mówić, jeśli jego treść wskazuje na umocowanie określonej osoby, czy podmiotu do działania w imieniu i na czyjąś rzecz w określonego rodzaju sprawach. W przypadku złożenia odwołania, jak i złożenia przystąpienia, które stanowi swoistego rodzaju środek ochrony prawnej służący wykonawcy do dochodzenia swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bez prawa złożenia samodzielnie w jego następstwie odrębnego odwołania, przyjmuje się, że dla wypełnienia wymogu rodzajowości pełnomocnictwa wymagane jest wskazanie w jego treści co najmniej umocowania do reprezentacji w sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Przedłożona na posiedzeniu kopia pełnomocnictwa z pewnością takiego charakteru nie posiada.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na niższej od oferty najkorzystniejszej pozycji rankingowej, stąd też zarzuty dotyczące tej oferty w przypadku uznania ich zasadności dawałyby Odwołującemu bezpośrednią możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym Odwołujący w wystarczający sposób wykazał uszczerbek w swoim interesie związanym z możliwością uzyskania zamówienia publicznego oraz szkodę wynikającą dla niego z tego tytułu. Powyższe wskazuje na wypełnienie materialno prawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba w oparciu o protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia złożone w toku rozprawy przez Zamawiającego ustaliła, że Zamawiający wartość szacunkową przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu ustalił w kwietniu 2011 r. w oparciu o kosztorys inwestorski na kwotę 152 072 400,00 zł netto. Wartość ta powiększona o wartość podatku VAT w stawce 23% daje kwotę 187 049 052,00 zł. Zamawiający wyjaśnił, że w ramach tej wartości zamówienia przewidział także wartość zamówień uzupełniających w maksymalnej wartości 50% zamówienia podstawowego.

W oparciu o postanowienia SIWZ (pkt XII ust. 1 i § 2 ust. 4 Istotnych Postanowień Umowy na Roboty Budowlane) Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu przyjęto ryczałtowy charakter wynagrodzenia, co zresztą nie było kwestią sporną w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z pkt X ust. 1 lit. a oraz pkt XII ust. 5 SIWZ do oferty należało dołączyć Tabelę Elementów Scalonych, której wzór został opracowany przez Zamawiającego. W Tabeli tej należało wskazać poziom cen za poszczególne wyszczególnione przez Zamawiającego elementy, a także podać wartość całkowitą oferty. Zgodnie z przywołanymi postanowieniami SIWZ Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego, który miał być złożony przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w opisie sposobu obliczenia ceny oferty (pkt XII SIWZ) wskazał na wymóg objęcie ceną ofertową wszelkich kosztów niezbędnych do zrealizowania zamówienia wynikających wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również koszty tam nieujęte, bez których nie można wykonać zamówienia. Jednocześnie też Zamawiający w tym samym punkcie SIWZ wskazał, że przedmiar robót dołączony do SIWZ jest wyłącznie dokumentem informacyjnym, z którego wykonawca może skorzystać, ale nie ma takiego obowiązku. Przedmiary miały pełnić funkcję pomocniczą tak pod względem ilościowym, jak i rodzajowym – mogły i powinny były być korygowane przez wykonawcę (pkt XII.4 SIWZ). W pkt XII. 3 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców bardzo szczegółowego sprawdzenia warunków wykonania zamówienia. Na pomocniczy charakter przedmiarów załączonych do SIWZ wskazują także postanowienia zawarte w Informacjach Dodatkowych do SIWZ (Załącznik nr 9 do SIWZ pkt I str. 2). Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ (pkt III.A) wskazał, że opisu przedmiotu zamówienia dokonał za pomocą dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych stanowiącą załącznik nr 1 do SIWZ oraz za pomocą Informacji Dodatkowej stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ. Jednocześnie też w pkt III. F SIWZ wskazał, że w przypadku gdy w dokumentacji projektowej zostały wskazane znaki towarowe, patenty lub pochodzenie materiałów i urządzeń Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów i urządzeń równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one uzyskanie parametrów technicznych i eksploatacyjnych nie gorszych od założonych w dokumentacji. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały i urządzenia.

W postępowaniu tym w terminie na składanie ofert zostały złożone oferty o następujących wartościach cenowych:

- Polimex – 117 791 974,49 zł,
- Odwołujący – 138 706 187,49 zł,
- Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. – 140 838 218,91 zł,

- Budimex S.A. – 144 666 490,00 zł,
- Erbud S.A. – 145 726 710,00 zł,
- Warbud S.A. – 146 254 847,90 zł,
- Konsorcjum Mota-Engil Central Europe – 149 165 869,70 zł.

Zamawiający pismem z dnia 26 października 2011 r. wystąpił do Polimex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w swoim zapytaniu wskazał na pewien zakres pozycji, które - w jego ocenie – wymagały wyjaśnienia (17 poz. co do BUM i 16 poz. co do LCK).

Przystępujący w piśmie z dnia 2 listopada 2011 r. udzielił Zamawiającemu przedmiotowych wyjaśnień, dołączając do nich dodatkowo dowody na potwierdzenie prawidłowości swojej kalkulacji cenowej.

Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2011 r. ponownie zwrócił się do Polimex na podstawie art. 90 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie kalkulacji ceny ofertowej tym razem co BUM jeśli chodzi o wycenę ogrodzenia panelowego oraz co do BUM i LCK jeśli chodzi o wycenę robót ziemnych, zapytując w tym zakresie, czy wartość robót ziemnych obejmuje koszty transportu gruntu koniecznego do wywiezienia, jeśli tak Zamawiający zapytał o wskazanie lokalizacji wraz z odległością od miejsca planowanych robót.

Polimex udzielił Zamawiającemu odpowiedzi w piśmie z dnia 9 listopada 2011 r., wskazując co do kwestii transportu gruntu, że wartość robót ziemnych obejmuje także koszty transportu na odległość do 10 km. Podkreślił także, że planuje zagospodarowanie części mas ziemnych na realizowanej przez niego budowie pn.: *„Budynek Centrum Innowacji i Zaawansowanych Technologii Politechniki Lubelskiej”* w Lublinie, co zostało uwzględnione w kalkulacji ceny ofertowej. Podniósł także, że pozostała część mas ziemnych zostanie wywieziona na inne lokalizacje ustalone i uzgodnione przed rozpoczęciem robót ziemnych zgodnie z przepisami ustawy o odpadach.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Polimex jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Polimex w postępowaniu, jak i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę ustaloną w postępowaniu kosztorysową wartość szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i pomniejszoną o wartość przewidywanych zamówień uzupełniających w porównaniu z wartością ofert złożonych w tym postępowaniu zasadnym było skierowanie przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawcy Polimex dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zdaniem Izby Zamawiający posiada uprawnienia do skierowania do wykonawcy w trybie wskazanego przepisu wezwania do wyjaśnienia całości ceny ofertowej, bądź niektórych elementów tej ceny, które mogą mieć znaczenie dla uznania całości ceny ofertowej za rażąco niską. Zamawiający w niniejszym postępowaniu skierował takie wezwanie w odniesieniu do kilkunastu elementów dotyczących wyceny jednego z budynków objętych zakresem przedmiotu zamówienia (BUM), jak i w odniesieniu do kilkunastu elementów dotyczących wyceny drugiego z budynków wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia (LCK). Przepis ten nie zabrania Zamawiającemu skierowania do wykonawcy szczegółowego pytania dotyczącego określonych tylko, ale nie wszystkich elementów wyceny przedmiotu zamówienia. Istotne jest tylko, aby - zgodnie z utrwalonym orzecznictwem oraz stanowiskiem doktryny - ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub też w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną w postępowaniu miało odniesienie do całej ceny ofertowej, a nie jej pojedynczych elementów nie stanowiących odrębnej ceny. Z tych też względów stawianie przez Odwołującego Zamawiającemu zarzutów, że zażądał on wyjaśnień od Polimex nie dotyczących wszystkich elementów ceny ofertowej i zgłoszone żądanie w tym zakresie nakazania Zamawiającemu skierowania wezwania do Polimex w zakresie całości ceny ofertowej, należało uznać za nieuzasadnione w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Izba nie stwierdziła również wykazywanych przez Odwołującego niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Odwołujący wskazywał, że owe niezgodności mogą dotyczyć zaoferowania rozwiązań równoważnych co do niektórych elementów przedmiotu zamówienia, które podlegały wyjaśnieniom w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i braku załączenia do oferty jakichkolwiek dokumentów potwierdzających tę równoważność urządzeń czy materiałów. Zarzuty odwołania w tym zakresie mają charakter zarzutów alternatywnych i hipotetycznych. Zarzuty te nie zostały przez Odwołującego wprost i kategorycznie sformułowane. Odwołujący wskazuje na nie w kontekście zarzutów związanych z oceną wyjaśnień ceny ofertowej Polimex, odnosząc zarzuty dotyczące ceny rażąco niskiej do wyceny materiałów i urządzeń wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, wskazując, że jeśli wykonawca ten zaoferował inne urządzenia i materiały niż wskazane w SIWZ, to nie załączył do oferty wymaganych na potwierdzenie równoważności dokumentów. Izba, odnosząc się do tych zarzutów, uznała, że nie mają one charakteru stanowczego i jedynie jako przypuszczenia i domniemania określonych okoliczności jednocześnie bez przywołania konkretnych dowodów, które te okoliczności miałyby potwierdzać, nie mogą stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Izba jednocześnie uznała, że brak było podstaw do uznania, że Polimex nie załączając do oferty żądanych przez Zamawiającego w pkt III.F SIWZ dokumentów, które miały uwiarygodnić równoważność oferowanych materiałów i urządzeń miały zaoferować jednak rozwiązanie



równoważne. Do przyjętej oceny ofert, także pod kątem weryfikacji ceny ofertowej, brane były pod uwagę takie materiały i urządzenia, na które wskazywały postanowienia SIWZ oraz dokumentacja techniczna robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do weryfikacji i oceny wyjaśnień złożonych przez Polimex co do elementów ceny mających znaczenie dla ukształtowania ceny ofertowej na takim a nie innym poziomie Izba uznała, że Odwołujący w wystarczający sposób nie udowodnił, aby oferta Polimex zawierała rażąco niską cenę. Odwołujący, który wnosi w tym zakresie odwołanie, w którym podnosi zarzuty dotyczące wyceny oferty, wskazując, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a także, że w tym kontekście wykonawca podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, ma obowiązek wykazania stawianych zarzutów. Zgodzić należy się z Odwołującym, że w wyniku wezwania Zamawiającego, skierowanego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, powstaje domniemanie rażąco niskiej ceny, a ciężar obalenia tego domniemania spoczywa na wykonawcy, do którego wezwanie jest kierowane. Powyższe nie może jednak zwalniać wykonawcy, który składa odwołanie, w którym podnosi zarzut ceny rażąco niskiej w odniesieniu do oferty konkurenta, ze spoczywającego na nim ciężaru dowodowego, stosownie do regulacji art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, a także posiłkowo art. 6 Kc. W przedmiotowej sprawie Polimex – w ocenie Izby – obalił wskazane domniemanie rażąco niskiej ceny, udzielając Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień i załączając do tych wyjaśnień szereg dowodów w postaci dokumentów potwierdzających przede wszystkim możliwość zakupu określonych materiałów po niższych cenach; tj. potwierdzających możliwość stosowania określonych upustów do zakupów urządzeń i materiałów objętych przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia udzielone przez Polimex w szczególności z dnia 2 listopada 2011 r. są obszerne i szczegółowe. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Polimex złożył zbyt ogólne, nierzetelne i lakoniczne wyjaśnienia co należałoby traktować na równi z brakiem wyjaśnień. Wyjaśnienia Polimex, biorąc pod uwagę ich obszerność (10 stron), załączone dowody (kilkanaście ofert dedykowanych Polimex i konkretnie niniejszemu zamówieniu), jak i ich treść i szczegółowość nie mogą potwierdzać stawianych przez Odwołującego tez. Wyjaśnienia Polimex w swojej konstrukcji mają częściowo charakter ogólny, gdzie wykonawca ten wskazuje na generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej Polimex, jak m.in. czynniki związane z kondycją firmy (np. wieloletnia obecność na rynku i wypracowanie takich form zakupów i cen zakupów, a także grupy stałych dostawców wyrobów budowlanych, które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy – upusty, zakupy łączne dla wielu budów), czy czynniki związane z lokalizacją inwestycji (np. okoliczność, iż Polimex posiada w Lublinie swój zakład zatrudniający 119 pracowników, co pozwala na zaoszczędzenie na kosztach dojazdów do Zamawiającego, kosztach delegacji i diet dla pracowników realizujących zadanie oraz kosztów utworzenia lokalnego biura odpowiedzialnego za realizację przedmiotu

umowy). Powyższe wyjaśnienia choć mające charakter generalny mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, które Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy udzielanych na wezwanie kierowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp („*wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy*”). Jednocześnie też Polimex, udzielając wskazanych wyjaśnień w trzeciej ich części („*Sposób kalkulacji cen 33 elementów oferty*”), odniósł się szczegółowo do poszczególnych elementów kalkulacyjnych swojej ceny ofertowej, których dotyczyło zapytanie Zamawiającego. Te wyjaśnienia – wbrew twierdzeniom Odwołującego – zostały złożone. Polimex odniósł się do wszystkich 33 elementów, co do których Zamawiający powziął pewne wątpliwości. Wyjaśnienia te wskazują na podstawy wyceny w tych pozycjach przyjęte przez Polimex w swojej cenie ofertowej z przywołaniem konkretnych obliczeń oraz konkretnych ofert podmiotów, z którymi wykonawca ten będzie współpracował na etapie realizacji zamówienia, czy to w charakterze podwykonawcy, czy też dostawcy konkretnych materiałów. Wyliczenia te w ocenie Izby wydają się być wiarygodne i przekonujące. Takie też były dla Zamawiającego, zaś Odwołujący swoimi zarzutami i dowodami przedstawionymi w toku rozprawy skutecznie tych wyjaśnień nie podważył.

Co do argumentacji Odwołującego kwestionującej przyjęcie przez Polimex do wyceny oferty ofert kierowanych wprost do tej firmy i założenie sporządzonej wyceny, że prace w tym zamówieniu zostaną wykonane siłami własnymi tego wykonawcy, podczas gdy wykonawca w ofercie złożył oświadczenie o tym, że siłami własnymi z robót budowlanych wykonana jedynie roboty żelbetowe i zbrojarskie Izba stwierdziła co następuje. W ofercie Polimex (formularz ofertowy) faktycznie znajduje się oświadczenie tego wykonawcy o podwykonawstwie. Polimex w tym oświadczeniu wskazał na szeroki zakres podwykonawstwa – obejmujący całość robót budowlanych za wyjątkiem robót żelbetowych i zbrojarskich. W toku rozprawy Przystępujący wyjaśnił, że oświadczenie o podwykonawstwie nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy, tzn. wykonawca nie musi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia powierzać wykonania prac, co do których w treści oferty złożył oświadczenie o powierzeniu ich do realizacji podwykonawcom. Wyjaśnił też, że na etapie składania ofert przyjął szeroki zakres podwykonawstwa, jeśli chodzi o wykonanie robót budowlanych, po to aby w przyszłości w toku realizacji zamówienia miał potencjalnie taką możliwość powierzenia realizacji określonych prac podwykonawcom. Dla kalkulacji ceny ofertowej Polimex przyjął jednak założenie, że prace wykonana siłami własnymi. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia udzielone w tym zakresie przez Polimex, jak również mając na względzie dyspozycję art. 36 ust. 4 ustawy Pzp oraz postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania tak przyjętego sposobu kalkulacji ceny ofertowej Polimex w kontekście złożonego przez tego

wykonawcę oświadczenia o podwykonawstwie. Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek w SIWZ zażądania od wykonawców wskazania w treści oferty części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Wobec takiego żądania Zamawiającego wykonawcy mają także obowiązek złożyć oświadczenie woli w treści swojej oferty odnoszące się do podwykonawstwa – możliwość powierzenia realizacji zamówienia w całości bądź w części podwykonawcom. Takiego rodzaju oświadczenie wykonawcy ma jedynie charakter potencjalnej możliwości powierzenia realizacji określonego rodzaju prac podwykonawcy. Treść oświadczenia o podwykonawstwie nie stanowi zobowiązania wykonawcy do powierzenia wykonania określonych prac podwykonawcy, skoro nawet w treści oferty wykonawca nie musi wskazywać – zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp – konkretnych podmiotów, którym zamierza powierzyć realizację części zamówienia. Za realizację zamówienia przed Zamawiającym ponosi bowiem odpowiedzialność wykonawca a nie jakikolwiek inny podmiot, w tym nawet wskazywany w treści oferty potencjalny podwykonawca. Jeśli wykonawca w toku realizacji zamówienia, pomimo oświadczenia złożonego w tym zakresie w treści oferty, nie powierzy realizacji określonych prac podwykonawcy, Zamawiający nie może składać w tym zakresie żadnych roszczeń wobec wykonawcy. Oświadczenie o podwykonawstwie ma bowiem charakter potencjalnej możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy bez jednoczesnego zawiązania się w tym zakresie jakiegoś stosunku zobowiązaniowego. Jeśli jednak wykonawca nie złożył oświadczenia o podwykonawstwie w treści oferty, zobowiązując się do wykonania zamówienia samodzielnie, w toku realizacji zamówienia Zamawiający może domagać się od wykonawcy osobistego spełnienia świadczenia. Z tych też względów przyjęcie w treści oferty Polimex założenia, że większość prac zostanie potencjalnie powierzona do wykonania podwykonawcy, czy też podwykonawcom, a jednocześnie przyjęcie przy kalkulacji ceny ofertowej, że całość prac zostanie wykonana samodzielnie przez wykonawcę nie jest nieprawidłowe, czy sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa czy też postanowieniami SIWZ. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie nakładają na wykonawców obowiązku wskazywania konkretnych podwykonawców, nie wymagają zatem również od wykonawców posiadania na etapie składania ofert konkretnych zobowiązań z firmami, które będą realizować określoną część zamówienia. Stąd też potencjalny charakter oświadczeń o podwykonawstwie składanych w treści oferty. Jednocześnie też w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie wprowadził szczególnych wymogów dotyczących kwestii podwykonawstwa. Zamawiający nie wprowadził także szczególnych wymogów w SIWZ co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej, które przykładowo nakazywałyby uwzględniać konkretne zobowiązania wykonawcy w zakresie podwykonawstwa przy kalkulacji ceny ofertowej.

Odnosząc się do szczegółowych elementów kalkulacyjnych ceny ofertowej Polimex, które były kwestionowane przez Odwołującego, Izba stwierdziła co następuje.

Co do wykładziny dla BUM (pkt 1 wyjaśnień) Polimex powołał się na ofertę złożoną mu przez firmę Saint – Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o., kierowaną wprost do Polimex Zakład w Lublinie i dedykowaną do niniejszego postępowania (budynek BUM i LCK). Polimex w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wskazał na wycenę 1 m<sup>2</sup> wykładziny InterfaceFLOR Knit One Purl One za 17,40 euro. Przedłożona przez niego oferta z firmy Saint – Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. wskazuje w zestawieniu tabelarycznym na cenę jednostkową tej wykładziny na poziomie 29 euro ze wskazaniem, że jest to cena jednostkowa po upuście. Jednocześnie też na dole tej oferty pod zestawieniem tabelarycznym zamieszczone zostały przypisy, w tym pierwszy wskazujący, że: *„Wszystkie ceny netto w Euro Rabat STD – 30% Przedpłata – 40%”*. Powyższe - w ocenie Izby - pozwala na przyjęcie tezy, że ceny jednostkowe wykładzin wymienione w zestawieniu tabelarycznym, w tym cena wykładziny InterfaceFLOR Knit One Purl One, mogą podlegać dalszym rabatom – standardowemu w wysokości 30% od ceny jednostkowej po upuście lub 40% w przypadku dokonania przedpłaty. Na rozróżnienie pojęć: „*upust*” - „*rabat*” wskazuje tutaj treść samej oferty handlowej wskazanej firmy. Takie też założenia otrzymania od ceny jednostkowej po upuście dodatkowego rabatu w wysokości 40% poczynił Polimex. Do poczynienia takich założeń - zdaniem Izby – Polimex uprawniała oferta uzyskana od Saint – Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. Kwestionowanie przez Odwołującego przyjęcie przelicznika euro w przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnieniach także nie zasługuje na uznanie. Polimex przyjął w tym zakresie prognozę Ministerstwa Finansów dla roku 2014, kiedy zamówienie będzie realizowane, co jest zasadne. Prognoza ta została uwiarygodniona przez organ ją sporządzający i okoliczność przyjęcia jej przez Radę Ministrów. Powyższe ustalenia oczywiście mają charakter hipotetyczny – szczególnie w aktualnej sytuacji gospodarczej kraju i świata prognoza wartości euro w stosunku do złotych za kilka lat ma charakter jedynie pewnych założeń. Założenia przyjęte przez Polimex – jak wskazano powyżej – zostały jednak w wystarczający sposób uwiarygodnione.

Powyższe – zdaniem Izby – potwierdza zasadność przyjęcia przez Polimex ceny za wykładzinę dla BUM w Tabeli Elementów Scalonych. Odwołujący, kwestionując tę wycenę, przedłożył korespondencję mailową prowadzoną z przedstawicielem firmy Arc Interiors Sp. z o.o. oraz ofertę złożoną przez tę firmę Odwołującemu co do wykładziny. Z treści tych dokumentów wynika, że ceny przedstawione przez Raab Karcher (tj. Saint – Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o.) są już pomniejszone o rabat i że osiągnięcie dodatkowego 30 lub 40% upustu od cen przedstawionych w ofercie nie jest możliwe nawet za przedpłatą gotówkową. Według firmy Arc Interiors Sp. z o.o. osiągnięcie ceny 17,40 euro

za produkt Knit One Purl One nie jest możliwe. W ocenie Izby wskazane dowody przedstawione przez Odwołującego nie są wiarygodne dla podważenia oferty Saint – Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. Oferta firmy Arc Interiors Sp. z o.o. została złożona Odwołującemu zaś Polimex korzysta w tym zakresie z oferty innego przedsiębiorcy w określonych warunkach odnoszących się do wykonawcy Polimex. Ocena firmy Arc Interiors Sp. z o.o. o braku możliwości osiągnięcia dodatkowego upustu za określony rodzaj wykładziny i ustalenia ceny jednostkowej za 1 m<sup>2</sup> wykładziny na poziomie 17,40 euro jest wyłącznie oceną tego przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę jego sytuację i warunki gospodarcze i rynkowe, w których funkcjonuje. Odwołujący nie wykazał, że firma Saint – Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. będzie zmuszona do dokonywania zakupów wykładziny właśnie w firmie Arc Interiors Sp. z o.o., a nie bezpośrednio u producenta wykładziny, co zresztą – biorąc pod uwagę zasady wolnego rynku – byłoby nieuzasadnionym twierdzeniem.

Co do płyt stropowych dla BUM (pkt 7 wyjaśnień) Polimex w swoich wyjaśnieniach wskazał na pominięcie pozycji przedmiaru inwestorskiego dotyczącej wyceny 29,2 ton konstrukcji stalowej HEB, która nie występuje w dokumentacji projektowej. Kwestionowana przez Odwołującego poz. II.11 Tabeli Elementów Scalonych w ofercie Polimex nie wskazywała na konieczność wyceny stali HEB 360. W tym zakresie Zamawiający w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 28 września 2011 r. (odpowiedź na pytanie nr 85) wyraźnie wskazał, że kładka powinna być wykonana z profili UPE 400. Powyższe zaś profile zostały wycenione przez Polimex w poz. „Konstrukcje stalowe” zgodnie z przedmiarem inwestorskim. W swoich wyjaśnieniach Polimex dodatkowo wskazał, że w swojej ofercie, w jej wycenie, uwzględnił dzierżawę tymczasowej konstrukcji podtrzymującej szalunek z blachy trapezowej. Postanowienia SIWZ nie przewidywały natomiast konieczności wyceny dodatkowej konstrukcji stalowej, stąd też ten zarzut Odwołującego był niezrozumiały i tym samym także – uwzględniając postanowienia SIWZ i wyjaśnienia Polimex - bezpodstawny.

Co do robót ziemnych dla BUM i LCK (pkt 6 wyjaśnień Polimex z dnia 2 listopada 2011 r. i z dnia 9 listopada 2011 r.) Polimex w swoich wyjaśnieniach wskazywał, że roboty te zamierza wykonać we własnym zakresie, wskazując, że posiada w swojej strukturze zakład zajmujący się wykonywaniem robót drogowych i ziemnych i dysponuje własnym zapleczem sprzętowym, co gwarantuje znaczące obniżenie kosztów tych prac i konkurencyjność tego wykonawcy. Na ponowne zapytanie w tym zakresie skierowane do Polimex przez Zamawiającego wykonawca ten wyjaśnił, że planuje zagospodarowanie części mas ziemnych z tej inwestycji na inwestycji prowadzonej przez Polimex w Lublinie, zaś pozostała część mas ziemnych zostanie wywieziona na inne lokalizacje na odległość do 10 km, które zostaną ustalone przez wykonawcę przed rozpoczęciem robót ziemnych. Niezasadne jest

twierdzenie Odwołującego, że Polimex nie udzielił odpowiedzi na zadane w tym zakresie przez Zamawiającego pytanie. Polimex częściowo wskazał konkretną lokalizację dla wywozu mas ziemnych z inwestycji, powyższe twierdzenie wykonawcy jest wiarygodne. Co do pozostałej masy gruntu wykonawca ten faktycznie konkretnej lokalizacji nie wskazał, ale w tym zakresie nie było takiego wymogu w SIWZ, aby już na etapie składania ofert przetargowych wykonawcy mieli zagwarantowane lokalizacje, na które będzie możliwy wywóz masy ziemnej z niniejszej inwestycji. Polimex uwiarygodnił jedynie poprzez wskazanie aktualnie posiadanej lokalizacji w Lublinie (inwestycja dla Politechniki Lubelskiej), że jest w stanie zagwarantować wywóz ziemi za określoną stawkę przede wszystkim z uwagi na niewielką odległość (ok. 1,5 km) i to, że wykonawca ten ma sposobność korzystania z możliwości, jakie daje mu prowadzenie różnych inwestycji w tym regionie (miasto Lublin). Przedłożone przez Odwołującego w toku rozprawy fragmenty przedmiarów z inwestycji realizowanej aktualnie przez Polimex na rzecz Politechniki Lubelskiej nie są wiarygodnym dowodem na podważenie wyjaśnień udzielonych przez Polimex w tym zakresie. Przedłożone przedmiary zostały złożone jedynie w fragmentach i pochodzą z lutego 2010 r. Niewiadomo zatem, czy są one aktualne dla tej inwestycji, czy też były zmieniane na etapie postępowania, czy też w toku realizacji inwestycji, jak też nie wskazują na całość robót objętych tą inwestycją (fragmentaryczność przedmiarów), co czyni te dowody niewiarygodnymi w sprawie.

Co do stropów dla BUM (pkt 4 wyjaśnień) Polimex w swoich wyjaśnieniach wskazał na dokonanie w tym zakresie własnych obmiarów. Różnica pomiędzy obmiarem przyjętym w przedmiarach, a obmiarem Polimex to ok. 3 tys. m<sup>2</sup>, jak wskazał Zamawiający. Powyższa różnica pozwalała Polimex na obniżenie w tym zakresie kosztów tych prac o około 400 tys. zł. Powyższe wyjaśnienia udzielone przez Polimex wydają się wiarygodne, podczas gdy Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających słuszność jego stanowiska. Odwołujący w sposób pośredni w treści odwołania i bezpośrednio w toku rozprawy potwierdził możliwość przyjęcia w niniejszym postępowaniu własnych obmiarów przez wykonawcę. Na powyższe bez wątpienia – zdaniem Izby – pozwalały postanowienia SIWZ, wskazujące na pomocniczy charakter przedmiarów przygotowanych przez Zamawiającego i zobowiązujące nawet wykonawcę do weryfikacji ich treści. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował obmiarów przyjętych przez Polimex, opierając się na ilości sufitów podwieszanych w BUM przyjętych w przedmiarach, które - jak wskazano - nie były wiążące dla wykonawców. Dodatkowo wyjaśnienia Polimex potwierdzają wyliczenia dokonane przez projektantów, na co wskazywał Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołania oraz w toku rozprawy. Przyjęte zatem przez Polimex nowe w stosunku do przedmiaru obmiary zostały zweryfikowane przez projektantów i przez nich potwierdzone

jako prawidłowe. Tym samym też brak jest podstaw do ich kwestionowania. Jeśli Odwołujący w swojej ofercie tego nie uczynił nie może z tego tytułu wywodzić negatywnych skutków dla innego wykonawcy w postępowaniu, który to wykonawca skorzystał z możliwości, jaką w tym zakresie dawały wykonawcom postanowienia SIWZ.

Co do ścianki akustycznej dla LCK (pkt 1 wyjaśnień) Polimex w swoich wyjaśnieniach wskazał na przyjęcie do wyceny rozwiązania przewidzianego w specyfikacji technicznej. Należało zatem przyjąć, że wykonawca ten wycenił ściankę firmy Dorma. Polimex powołał się na swoje dotychczasowe doświadczenie w zakresie montażu ścian akustycznych. Powołał się przy tym na wycenę dokonaną w roku bieżącym dla inwestycji realizowanej w Puławach, doliczając do ścianek montowanych na tej inwestycji koszt obłożenia ścian fornirem, co było wymagane w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że tak ustalona przez niego wycena stanowi odzwierciedlenie cen rynkowych. Wskazał także na okoliczność, że ceny ofert innych wykonawców, w tym oferta Erbud S.A., nie odbiegały znacząco od wyceny dokonanej przez Polimex. Zdaniem Izby powyższe wyjaśnienia uwiarygodniają dokonaną przez Polimex wycenę tego elementu oferty i nie potwierdzają rażącego obniżenia tego elementu kalkulacyjnego, co mogłoby ewentualnie mieć znaczenie dla ceny za realizację całości zamówienia. Dowody przedłożone w tym zakresie przez Odwołującego to oferta złożona przez firmę Dorma dla Odwołującego oraz korespondencja mailowa z przedstawicielem tej firmy. Zdaniem Izby oferta handlowa przedstawiona przez tę samą firmę dwóm różnym wykonawcom ubiegającym się o to samo zamówienie (Odwołujący i Polimex) może być różna. To, że Odwołującemu został złożona określona oferta handlowa nie może potwierdzać, że identyczną ofertę przedstawiono Polimex. Przedłożona korespondencja mailowa nie potwierdza jednoznacznie, że identyczna oferta handlowa została złożona Polimex. Na zadane wprost przedstawicielowi firmy Dorma pytanie o możliwość uzyskania przez Polimex oferty niższej o ponad 50% od oferty przedstawionej Odwołującemu przedstawiciel firmy Dorma przedstawił wymijającą odpowiedź o tym, że do wszystkich oferentów, którzy złożyli zapytanie na przetarg dla budynków Bum i LCK w Lublinie wysłana została ta sama oferta cenowa. Powyższe nie potwierdza wprost, że zapytanie takie w zakresie niniejszego postępowania zostało złożone do firmy Dorma przez Polimex i że firma Dorma przedstawiła Polimex identyczną ofertę handlową. Zauważyć także należy, że Polimex powoływał się w swoich wyjaśnieniach na doświadczenie uzyskane w tym przedmiocie na innej inwestycji realizowanej w bieżącym roku. Tym samym Polimex także nie potwierdził, że dokonał wyceny tego elementu swojej oferty w oparciu o identyczną ofertę firmy Dorma. Firma Dorma tej okoliczności także wprost nie potwierdziła, dlatego zarzut należało uznać za niezasadny.

Co do drzwi stalowych dla LCK (pkt 3 wyjaśnień) Polimex w swoich wyjaśnieniach wskazał na wycenę drzwi stalowych w oparciu o ofertę Mercor, którą to ofertę przedstawiono w załączeniu do wyjaśnień. Wskazano także na wycenę drzwi DZ-6 w oparciu o ofertę firmy Al.-Stal, którą to ofertę także załączono do wyjaśnień. Podstawą zarzutu Odwołującego jest przyjęcie przez Polimex wobec oferty cenowej firmy Mercor nieuzasadnionego – zdaniem Odwołującego - dodatkowego rabatu na poziomie ok. 14%. W toku rozprawy Odwołujący dodatkowo podnosił brak wyjaśnień co do wyceny drzwi DZ-6. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Odwołującego. Stwierdzić należy, że obydwie rodzaje drzwi zostały przez Polimex wycenione i udzielone w tym przedmiocie wyjaśnienia wskazują na podstawy ich wyceny. Wycena drzwi w oparciu o ofertę handlową firmy Mercor i przyjęcie wobec tej oferty handlowej dodatkowego upustu na poziomie 14% jest uzasadnione tak rynkowo, jak również biorąc pod uwagę samą treść przedstawionej Zamawiającemu oferty firmy Mercor. Wskazuje się tam na możliwość zmiany treści oferty handlowej i warunków jej realizacji o ile strony w drodze negocjacji ustaloną inaczej oraz to, iż przedstawiona propozycja ma charakter wstępny. Tym samym przyjęcie przez Polimex zastosowania do przedstawionej oferty handlowej 14% rabatu nie jest niczym nadzwyczajnym w warunkach rynkowych.

Co do świetlików dachowych dla LCK (pkt 4 wyjaśnień) Polimex w swoich wyjaśnieniach wskazał, że do wyceny przyjęto koszt jednostkowy świetlika w wysokości netto 1 293,23 m<sup>2</sup>, zgodnie z oferta Opal Ryszard Szulc Wacław Olejniczak Sp. J. Ponadto wskazano, iż planuje on zakup profili aluminiowych i szkła we własnym zakresie oraz zlecenie usługi montażu specjalistycznej firmie. Odwołujący wskazał na brak korekty obmiaru w tym zakresie przez Polimex zgodnie z wymogami SIWZ i przyjęcie dla wyceny nieprawidłowej wielkości obmiaru, co skutkowało zaniżeniem wyceny tego elementu oferty. Powyższe omyłkowe obliczenie wyceny tego elementu oferty zostało potwierdzone przez Zamawiającego i w sposób pośredni przez Przystępującego, który wskazywał na pomocniczy charakter przedmiarów. Uwzględniając powyższe zgodzić należy się z Odwołującym, że wycena tego elementu oferty Polimex nie jest do końca prawidłowa. Stwierdzona omyłka nie może jednak świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, uwzględniając pomocniczy charakter przedmiaru robót w niniejszym postępowaniu, jak również nie może potwierdzić do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Polimex. W postępowaniu tym mamy do czynienia z ryczałtowym wynagrodzeniem, stąd też ewentualne pomyłki, których dopuścili się wykonawcy co do wartości obmiaru przewidzianego w przedmiarze robót, nie mogą mieć znaczenia dla ważności ich ofert. Obciążają one wykonawców, którzy zobowiązali się wykonać określone dzieło - roboty budowlane za określoną w ofercie cenę. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym owa niezgodność mogłaby być rozważana w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,



tj. poprawienia tej omyłki; przy wynagrodzeniu ryczałtowym i postanowieniach SIWZ o pomocniczym charakterze przedmiarów te rozważania są bezprzedmiotowe. Jednocześnie też wartość wyceny świetlików dachowych w zakresie w jakim Polimex dopuścił się pomyłki w obliczeniach, nie dokonując prawidłowego obmiaru, ma charakter nieznaczny wartościowo w stosunku do wartości całej oferty (117 mln zł i ok. 40 tys. zł), stąd też w kontekście ceny rażąco niskiej nie ma także znaczenia. Tak więc pomimo wskazanych wątpliwości powyższa omyłka w ofercie Polimex nie ma – w ocenie Izby – znaczenia dla przyjęcia, że w ofercie tego wykonawcy mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Co do fontanny dla LCK (pkt 5 wyjaśnień) Polimex w swoich wyjaśnieniach wskazał na wycenę w tej pozycji jedynie dla robót ogólnobudowlanych. Wyjaśnił, że instalacja fontanny została uwzględniona w poz. XVI „*Instalacje wod.-kan.*” w pkt 8 pod poz. „*Inne niezbędne roboty do wykonania w celu oddania budynku do użytkowania*” W związku z powyższym wskazał na łączną wycenę wykonania fontanny: 178 419,27 zł + 666 506,20 zł co daje kwotę: 844 925,47 zł brutto. W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia są wiarygodne i potwierdzają realność wyceny tego elementu przedmiotu zamówienia. Wykonanie fontanny jeśli chodzi o wykonanie robót budowlanych dla tego elementu zostało wycenione w pozycji Tabeli Elementów Scalonych dotyczącej fontanny. Odrębnie natomiast dokonano wyceny wykonanie pozostałych elementów fontanny w instalacjach wod. – kan., co wydaje się racjonalne. Jednocześnie też Odwołujący nie podważył wyceny dokonanej w tej pozycji - nie uprawdopodobnił nawet, aby w ramach tej pozycji przewidziane były inne prace, których wykonanie nie zostało wycenione. Dowód przedłożony w tym zakresie przez Odwołującego w toku rozprawy, tj. oferta firmy Watersystem, która wycenia ten element przedmiotu zamówienia na kwotę: 1 029 141 zł brutto. Jest to kwota zbliżona do wyceny przyjętej w ofercie w tym zakresie przez Polimex. Choćby z tego względu zarzut należało uznać za nieudowodniony. Jednocześnie też zwrócić należy uwagę na to, że oferta handlowa firmy Watersystem nie może być adekwatna do wyceny dokonanej przez Polimex, ponieważ na współpracę z tą firmą Polimex w swoich wyjaśnieniach nie powoływał się. Z tych też względów zarzut ten także nie zasługiwał na uwzględnienie Izby.

Co do instalacji elektrycznych dla BUM i instalacji niskoprądowych dla BUM i LCK (pkt 13 wyjaśnień) Polimex wyjaśnił, że oparł się o oferty dwóch firm: Optronik Przedsiębiorstwo Innowacji Technologicznych Sp. z o.o. i E-Media s.c. prowadzoną wspólnie przez Piotra K., Andrzeja S. i Grzegorza G. Oferty tych firm zostały załączone do wyjaśnień złożonych przez Polimex. Dowody przedstawione przez Odwołującego na poparcie swoich zarzutów to oferty ze wskazanych dwóch firm, które zostały przedstawione Odwołującemu oraz pismo firmy Elektromontaż Lublin. Odnosząc się do tych dowodów Izba uznała je za

mało wiarygodne z uwagi na to, że oferty handlowe przedłożone Odwołującemu nie mogą deprecjonować ofert tych samych firm, ale złożonych innej firmie (Polimex). Oferta handlowa składana może być w zależności od różnych czynników – m.in. określonych warunków rynkowych, pozycji i kontaktów określonych firm, dotychczasowej współpracy, czy też kondycji finansowej określonego kontrahenta. Podobnie za wiarygodny dowód w sprawie nie może być uznane pismo z firmy Elektromontaż Lublin, która to firma nie była autorem oferty handlowej dla Polimex. Wycena określonego elementu zakresu przedmiotu zamówienia dokonana przez dowolną firmę nie może stanowić podstawy do przyjęcia założenia, że tylko taka oferta cenowa stanowi wyznacznik cen rynkowych. Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania wyceny dokonanej w tym zakresie przez Polimex.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wyceny kanałów wentylacyjnych w ofercie Polimex Izba uznała, że argumentacja podnoszona przez Odwołującego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący kwestionuje powoływane w wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu w tym zakresie przez Polimex oferty handlowe przede wszystkim firmy Saint Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. poprzez wskazanie, że oferty te odwołują się do zestawienia materiałów według zestawienia (Specyfikacja zest. Kanałów Wentyl.) zaś do nich dołączone zostały zestawienia materiałów bez cen jednostkowych, bez podpisów oraz obejmujące swoim zakresem także inne elementy. Podkreślić należy, że sposób sporządzenia oferty handlowej co do jej formy nie może prowadzić do uznania, że oferta taka nie została złożona i że nie obowiązuje. Niewątpliwie oferta przywołanej firmy wskazuje na konkretne wartości w złotych. Niewątpliwie też została złożona Polimex Zakład Lublin konkretnie dla realizacji niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta ta została też podpisana. To, że do tej oferty zostały załączone wyciągi z przedmiarów przyjętych w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego bez odrębnego przygotowania jedynie dla celów złożenia oferty handlowej Polimex specjalnego zestawienia materiałów, nie może dyskwalifikować tej oferty handlowej. Z tych też względów także zarzuty podniesione przez Odwołującego w tym zakresie oraz co do instalacji c.o. nie zasługują na uwzględnienie.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczanego przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....