

Sygn. akt KIO/UZP 1338/09,
KIO/UZP 1346/09,
KIO/UZP 1347/09

WYROK
z dnia 3 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **20 października 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum firm: Grontmij Nederland B.V., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,

B. Ove Arup & Partners International Ltd., 13 Fitzroy Street, W1-T4B London, United Kingdom, działającej w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa,

C. Konsorcjum firm: Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt-Śląsk”, Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c., Zakład Robót i Usług Specjalistycznych ZRUS Sp. z o.o., ul. 3 Maja 18, 40-096 Katowice,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice** protestów:

A. Konsorcjum firm: Grontmij Nederland B.V., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań z dnia **21 sierpnia 2009 r.**

B. Ove Arup & Partners International Ltd., 13 Fitzroy Street, W1-T4B London, United Kingdom, działającej w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa z dnia **21 sierpnia 2009 r.**

C. Konsorcjum firm: Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt-Śląsk”, Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c., Zakład Robót i Usług Specjalistycznych ZRUS Sp. z o.o., ul. 3 Maja 18, 40-096 Katowice z dnia **21 sierpnia 2009 r.,**

przy udziale wykonawców:

- **Konsorcjum firm:** Grontmij Nederland B.V., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1347/09 po stronie zamawiającego,

- **Ove Arup & Partners International Ltd.,** 13 Fitzroy Street, W1-T4B London, United Kingdom, działającej w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 1338/09 i KIO/UZP 1347/09 po stronie zamawiającego,

- **Konsorcjum firm:** Inwestycje, Budownictwo, Handel, „Inwest-Complex” Sp. z o.o., ul. Góry Chełmskiej 15, 44-100 Gliwice oraz Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 1338/09, KIO/UZP 1347/09 i KIO/UZP 1348/09 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

1B. Oddała odwołanie.

1C. Uwzględniła odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A Gminę Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice,

2

B. Ove Arup & Partners International Ltd., 13 Fitzroy Street, W1-T4B London, United Kingdom, działającej w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa,
C. Gminę Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice,

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A koszty w wysokości 1 487 zł 33 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Grontmij Nederland B.V., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,**
 - B koszty w wysokości 1 487 zł 33 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Ove Arup & Partners International Ltd., 13 Fitzroy Street, W1-T4B London, United Kingdom, działającej w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa,**
 - C koszty w wysokości 1 487 zł 34 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt-Śląsk”, Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c., Zakład Robót i Usług Specjalistycznych ZRUS Sp. z o.o., ul. 3 Maja 18, 40-096 Katowice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 394 zł 79 gr** (słownie: siedem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A kwoty 5 907 zł 45 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset siedem złotych czterdzieści pięć groszy) przez **Gminę Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice** na rzecz **Konsorcjum firm: Grontmij Nederland B.V., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu;

3

C. kwoty 1 487 zł 34 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści cztery grosze) przez **Gminę Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice** na rzecz **Konsorcjum firm: Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt-Śląsk”, Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c., Zakład Robót i Usług Specjalistycznych ZRUS Sp. z o.o., ul. 3 Maja 18, 40-096 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **40 538 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 13 512 zł 67 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Grontmij Nederland B.V., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,**

B kwoty 13 512 zł 67 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Ove Arup & Partners International Ltd., 13 Fitzroy Street, W1-T4B London, United Kingdom, działającej w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa.**

C kwoty 13 512 zł 66 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt sześć groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt-Śląsk”, Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c., Zakład Robót i Usług Specjalistycznych ZRUS Sp. z o.o., ul. 3 Maja 18, 40-096 Katowice**

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto Gliwice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o

4

udzielenie zamówienia publicznego na usługi p.n. „Budowa hali widowiskowo-sportowej PODIUM - Inżynier Kontraktu”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W postępowaniu złożono 5 ofert. Kolejno cztery najkorzystniejsze (kolejność według jedynego kryterium wyboru ofert – ceny):

1. Konsorcjum: Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt-Śląsk” (pełnomocnik Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji "INWESTOR" s.c., Zakład Robót i Usług Specjalistycznych "ZRUS" Sp. z o.o., - 1 962 675 zł
2. Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Grontmij Nederland B.V. - 2 861 388 zł
3. Budownictwo Handel Inwest-Complex Sp. z o.o., Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. - 2 941 278 zł
4. Ove Arup & Partners International Limited – 4 819 000 zł

W dniu 11.08.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę Konsorcjum w składzie: Inwestycje, Budownictwo Handel Inwest-Complex Sp. z o.o., Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. oraz poinformował o:

- (1) Odrzuceniu oferty Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij Nederland B.V., z powodu nie załączenia do oferty harmonogramu terminowo-rzeczowo-finansowego wymaganego zgodnie z ust. 9 pkt.) 5 siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 – oferta niezgodna z siwz, następnie (2) wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania w związku z nie załączeniem do oferty dokumentu rachunku zysków i strat za 2008 dla obu konsorcjantów, a także (3) o zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia rachunków zysków i strat w trybie art. 26 ust 3 Pzp ponieważ niezależnie od ich przedłożenia oferta i tak podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz.
- (1) Odrzuceniu oferty Konsorcjum: Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt-Śląsk” (pełnomocnik Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji "INWESTOR" s.c., Zakład Robót i Usług Specjalistycznych "ZRUS" Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z brakiem przedłożenia oryginału pełnomocnictwa, ponadto o (2) wykluczeniu ww. wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z brakiem wymaganych dokumentów we właściwy sposób potwierdzających doświadczenie inspektora nadzoru robót

5

telekomunikacyjnych, brakiem podpisanego lub potwierdzonego za zgodność z oryginałem złożonego w postaci kserokopii wykazu wykonywanych usług oraz określenia dokładnych dat rozpoczęcia i zakończenia usług tam wskazanych. (3) Zamawiający poinformował także, iż w związku zaistnieniem przesłanek do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny zaniechał wzywania do uzupełniania ww. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust 3 ustawy.

1338/09

PROTEST

W dniu 21.08.2009 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Grontmij Nederland B.V. z Holandii (zwani dalej "Grontmij") wnieśli protest wobec odrzucenia ich oferty jako niezgodnej z siwz oraz związanego z powyższym zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Protestujący zarzucili zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 oraz art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 Pzp oraz wnieśli o:

- unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum firm: Inwestycje, Budownictwo Handel Inwest-Complex Sp. z o.o., Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o.;
- unieważnienie wykluczenia protestujących z postępowania; • unieważnienie odrzucenia oferty protestujących;
- wezwanie protestujących do uzupełnienia ich oferty; • ponowne badanie i ocenę ofert;
- wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

Ad. 1.

Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego ponieważ jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwagi na brak załączonego do oferty harmonogramu terminowo-rzeczowo-finasowego.

Protestujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, gdyż harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy jest dokumentem potwierdzającym, iż wykonanie usługi

6

Inżyniera Kontraktu, będącej przedmiotem zamówienia będzie odbywało się zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w załączniku nr 8 do SIWZ "Wymagania Zamawiającego do harmonogramu terminoworzeczowo-finansowego dla Inżyniera Kontraktu". Harmonogram jest dokumentem żądanym w celu wskazania, że dana usługa będzie realizowana zgodnie z założeniami Zamawiającego, co jest jednoznaczne z tym, że usługa Inżyniera Kontraktu odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W związku z powyższym dokument ten jest dokumentem żądanym przez Zamawiającego na podstawie art. 25 ust. 1 pkt. 2) Pzp, w celu przeprowadzenia postępowania. Zatem w sytuacji, kiedy Protestujący nie dołączył do swojej oferty harmonogramu terminowo-rzeczowo-finansowego Zamawiający powinien go wezwać do uzupełnienia brakującego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Protestujący podkreśla, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zatem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jak potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający nie może odrzucić oferty powołując się na przesłankę, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowane usługi odpowiadają oczekiwaniom Zamawiającego.

Podsumowując, należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 25 Pzp, Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a co za tym idzie do oceny spełniania

warunków przez Wykonawcę oraz do oceny oferowanych usług w przedmiotowym postępowaniu. W związku z tym należy wszystkie żądane przez Zamawiającego dokumenty w przedmiotowym postępowaniu traktować jako służące ocenie spełniania warunków podmiotowych bądź przedmiotowych.

Przytaczając powyższą argumentację protestujący stoi na stanowisku, że Zamawiający bezprawnie zaniechał czynności wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2), jakim jest harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy naruszając zapisy art. 26 ust. 3 Pzp.

Protestujący jednocześnie z ostrożności procesowej pragnie zaznaczyć, iż w sytuacji nie uwzględnienia przez Zamawiającego powyższej przedstawionej argumentacji, należy uznać, iż żądany harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy jest dokumentem zbędnym, niesłużącym Zamawiającemu do przeprowadzenia danego postępowania. Zatem żądanie dokumentu nie objętego art. 25 ust. 1 Pzp będzie naruszeniem tego przepisu przez

7

Zamawiającego, co w konsekwencji nie może mieć negatywnych skutków dla Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

W takim przypadku brak w ofercie dokumentu niesłużącego Zamawiającemu do przeprowadzenia postępowania nie będzie prowadziła do nieważności oferty Protestującego, gdyż istotna treść oferty, mająca znaczenie dla przeprowadzenia postępowania i jego wykonania jest zgodna z SIWZ.

Ad. 2

Zamawiający w pkt. 9. 1) SIWZ na potwierdzenie posiadania sytuacji ekonomiczno-finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia żądał aby Wykonawcy przedstawili "rachunek zysków i strat z opinią biegłego rewidenta, jeżeli podlega badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające przychody -za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe". Protestujący załączył rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, które posiadał na dzień składania ofert tj. za lata 2005, 2006, 2007. Zgodnie z ustawą o rachunkowości podmioty, które przyjęły jako rok obrotowy rok kalendarzowy są zobowiązane do sporządzenia sprawozdania finansowego do końca czerwca następnego roku. Zatem na dzień składania ofert Protestujący nie był zobowiązany do posiadania zatwierdzonego sprawozdania finansowego za rok 2008. W związku z tym przedstawił posiadany rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe. Protestujący jednocześnie pragnie zaznaczyć, iż w przypadku wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów finansowych za rok 2008, Protestujący przedstawi rachunki zysków i strat dla Grontmij Polska Sp. o.o. oraz Grontmij Nederland B.v. w wyznaczonym terminie przez Zamawiającego.

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

W dniu 28.08.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił, w uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazując m.in.:

„[...]”

1. Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na niezłączenie harmonogramu terminowo-rzeczowo-finansowego wymaganego zgodnie z zapisem w art. 9 pkt 5) SIWZ. Harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy nie jest dokumentem o których mówi art. 25 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wydane na podstawie art. 25 ust 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r w sprawie rodzajów dokumentów jakich może

8

żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r Nr 87 poz. 605 z późno zm.). W związku z powyższym Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Harmonogram stanowi załącznik do umowy o zamówienie. Jest dokumentem niezbędnym dla kontroli terminowo-rzeczowo-finansowej realizacji zamówienia. W § 3 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych

warunków zamówienia zapisano: "Wynagrodzenie określone w ust. 1 będzie wypłacane na podstawie faktur częściowych, po odbiorze prac zgodnie z harmonogramem usługi, opracowanym przy uwzględnieniu wymagań określonych w załączniku nr 8 do SIWZ Wymagania Zamawiającego do harmonogramu terminowo-rzeczowa-finansowego, stanowiącym załącznik nr 4 do umowy"

2. Zamawiający nie występował o uzupełnienie dokumentu Rachunku zysków i strat za 2008r ponieważ oferta Protestującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art.26 ust 3 Ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, "chyba, że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu".

[...]"

ODWOŁANIE

W dniu 07.09.2009 r. Grontmij wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący powtórzył i podtrzymał wszystkie zarzuty, żądania i argumenty zawarte w proteście.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono dodatkowo m.in.:

„[...]

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, gdyż harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy jest dokumentem potwierdzającym, iż wykonanie usługi Inżyniera Kontraktu, będącej przedmiotem zamówienia będzie odbywało się zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w załączniku nr 8 do SIWZ "Wymagania Zamawiającego do harmonogramu terminoworzeczowo-finansowego dla Inżyniera Kontraktu". Harmonogram jest dokumentem żądanym w celu wskazania, że dana usługa będzie realizowana zgodnie z założeniami Zamawiającego, co jest jednoznaczne z tym, że usługa Inżyniera Kontraktu odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Na jego podstawie zamawiający nie dokonuje żadnego z aspektów badania oceny oferty w kształcie wynikającym z

przepisów PZP. W związku z powyższym dokument ten jest dokumentem żądanym przez Zamawiającego na podstawie art. 25 ust. 1 pkt. 2) PZP, w celu przeprowadzenia postępowania.

(II) Wskazać też należy, iż kwoty określone w harmonogramie terminowo-rzeczowo-finansowym nie mogą być dowolnie ukształtowane przez Odwołującą. Mówiąc najbardziej dobitnie, wytyczne do zbudowania harmonogramu terminoworzeczowo-finansowego, zawarte w Załączniku Nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie pozostawiają żadnej swobody w ukształtowaniu treści tego Harmonogramu.

Kwoty płatności (wyrażone % wartości usługi, czyli ceny oferty) zostały w sposób sztywny określone przez Zamawiającego dla poszczególnych Etapów realizacji usługi Inżyniera Kontraktu. Stanowią one określony procent ceny ofert, więc jest oczywistym jaka kwotowo płatność przypadnie na dany Etap realizacji usługi. Kwota płatności przypadająca na poszczególny etap jest tylko i wyłącznie wynikiem arytmetycznego działania polegającego na obliczeniu procentu ceny oferty.

Z kolei w ramach poszczególnych etapów realizacji usługi Zamawiający także sztywno określił wielkości kwotowe przypadające na płatności poszczególnych miesiącach bądź w poszczególnych zadaniach tworzących etap. Wielkości te są kwotami sztywnymi, bez możliwości zmiany wielkości kwot poszczególnych płatności. W odniesieniu do Etapu I Załącznik Nr 7 przewiduje sztywno, że w tej kwocie 40% stanowią będą prace wymienione w Załącznika Nr 7 pkt III a 1) i 2), zaś 60% stanowią będą prace wymienione w Załącznika Nr 7 pkt III a 3) i 4). Przy takich zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyliczenie płatności przypadających na poszczególne zakresy prac przypadające na dane Zadanie jest efektem działania arytmetycznego polegającego na podzieleniu kwoty przypadającej na płatność w danym Etapie. Analogicznie przedstawia się sytuacja w przypadku płatności w Etapie II i Etapie III. Tak także wielość płatności za poszczególne zakresy można określić przez działania arytmetyczne. Zamawiający sztywno określił wielkości płatności

przypadające na poszczególne okresy przypadające na ten Etap. Zamawiający pisze jednoznacznie, iż fakturowanie etapu będzie następowało co miesiąc z dołu w wysokości proporcjonalnej wynikającej z podzielenia wartości Etapu II przez ilość miesięcy przeznaczonych na wykonanie danego Etapu, przy czym Zamawiający podał długości trwania etapów.

Widać zatem jednoznacznie, iż treść harmonogramu jest wiążąco narzucona przez Zamawiającego i jego treść de facto wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wystarczające jest jedynie podstawienie ceny oferty do wartości procentowych wynikających z Załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

[...]

10

(V) Odwołujący jednocześnie z ostrożności procesowej pragnie zaznaczyć, iż w sytuacji nie uwzględnienia przez Zamawiającego powyższej przedstawionej argumentacji, należy uznać, iż żądany harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy jest dokumentem zbędnym, niesłużącym Zamawiającemu do przeprowadzenia danego postępowania. Zatem żądanie dokumentu nie objętego art. 25 ust. 1 Pzp będzie naruszeniem tego przepisu przez Zamawiającego, co w konsekwencji nie może mieć negatywnych skutków dla Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku brak w ofercie dokumentu niesłużącego Zamawiającemu do przeprowadzenia postępowania nie będzie prowadziła do nieważności oferty Protestującego, gdyż istotna treść oferty, mająca znaczenie dla przeprowadzenia postępowania i jego wykonania jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Znamienne jest to, że ani w rozstrzygnięcie protestu, ani w informacji o wyniku postępowania Zamawiający nie wskazuje na czym polega brak zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

[...]"

1346/09

PROTEST

W dniu 21.08.2009 r. Ove Arup & Partners International Limited z Wielkiej Brytanii (dalej: "Ove Arup") wniosła protest na wybór oferty i zaniechania wykluczenia Konsorcjum: Budownictwo Handel Inwest-Complex Sp. z o.o., Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. pomimo niespełniania przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 22 ust. 1 pkt 10 ustawy oraz wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, •
dokonanie ponownej oceny ofert i wykluczenie pierwotnie wybranego wykonawcę z postępowania,
- uznanie, iż oferta protestującego jest ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]

I.

11

Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, wskazanymi w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał by wykonawca wykazał, iż: -w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) wykonał należycie co najmniej:

a) dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia zamawiający rozumie usługę, polegającą na pełnieniu funkcji nadzoru inwestorskiego lub funkcji Inżyniera Kontraktu nad wykonywaniem robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 60000 m³ i wartości robót co najmniej 50 000 000 PLN brutto, w tym minimum

jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu zgodnie z warunkami FIDIC o wartości usługi min. 2 500 000 zł brutto; Obiekt użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r., w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z wyłączeniem: wielkopowierzchniowych obiektów handlowych, magazynów i terminali logistycznych;

b) dwie usługi polegające na opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane dla wartości zamówienia równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. Dz. U z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późno zm.) od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Wspólnot Europejskich

c) jedną usługę weryfikacji dokumentacji projektowej obiektu kubaturowego użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 60 000 m³

Przedłożony przez wykonawcę Inwest-Complex -RPI wykaz usług wskazuje, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do doświadczenia wykonawców. Konsorcjum wykazało, iż w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania nie zrealizowało co najmniej 2 usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Twierdzenie to uzasadniają następujące informacje podane w wykazie usług: -usługa opisana w pozycji nr 1 wykazu dotyczy świadczenia usług inżyniera kontraktu dla inwestycji polegającej na renowacji przemysłowej strefy Nowe Gliwice. Jak wynika z referencji załączonej do wykazu, w ramach tej inwestycji przebudowano 3 budynki oraz wybudowano 1 budynek, o łącznej powierzchni użytkowej 21.000m². W dokumentach tych brak jest jednak informacji wskazujących zarówno na kubaturę poszczególnych obiektów, jak i na wartość robót budowlanych wykonanych na poszczególnych obiektach. Przypomnieć bowiem należy, iż

12

zamawiający żądał wykazania przez wykonawcę doświadczenia w zarządzaniu budową lub przebudową obiektu użyteczności publicznej.

Oznacza to, iż jeden obiekt, którego budową lub przebudową zarządzał wykonawca, winien mieć kubaturę min. 60 000 m³ i wartość robót budowlanych co najmniej 50.000.000zł brutto. Nadto, wynagrodzenie dla inżyniera kontraktu za zarządzanie budową lub przebudową budynku użyteczności publicznej o określonych parametrach, winno wynosić co najmniej 2.500.000 zł brutto. Skoro zatem wykonawca nic potwierdził, iż spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28.10.2005r. Sygn. V Ca 398/05- postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. To na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia faktu spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu (tak m.in. wyrok zespołu arbitrów z dnia 24.05.2005 r. sygn. akt UZP/ ZO/01062/05).

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż konsorcjum nie potwierdziło, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co w świetle art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy skutkuje wykluczeniem z udziału w postępowaniu.

Z ostrożności podnieść należy dodatkowo, iż w powyższej sprawie nie zachodzi obowiązek wezwania konsorcjum przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentu mającego potwierdzać doświadczenie wykonawcy. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zamawiający ma zatem obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w dwóch sytuacjach:

1) gdy wykonawcy nie złożyli oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego lub gdy wykonawcy nie złożyli pełnomocnictw -tj. w sytuacji, gdy dokument nie w ogóle został złożony;

13

2) gdy wykonawcy złożyli dokumenty zawierające błędy lub złożyli wadliwe pełnomocnictwa - tj. gdy dany dokument zostało prawdą złożony wraz z ofertą, ale nie spełnia wymogów formalnych stawianych przez zamawiającego -jest nieaktualny, złożony w niewłaściwej formie, bez podpisu, nieczytelny.

W świetle powyższego brak informacji i danych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie można uznać za błąd. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w sposób bezwzględny nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie dopuszczając w tym zakresie jakichkolwiek uzupełnień. Tym samym zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Inwest-Complex -RPI z udziału w postępowaniu narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

II.

Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, wskazanymi w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał by wykonawca wykazał, iż:

-ma do dyspozycji osoby spełniające co najmniej poniższe wymagania:

- a) kierownik kontraktu -nie mniej niż 10-letnie doświadczenie (liczone od daty uzyskania uprawnień) w pełnieniu funkcji koordynatora zespołu inspektorów/projektantów przy realizacji obiektów kubaturowych w tym min. 5-letnie doświadczenie w kierowaniu projektem; doświadczenie w pełnieniu funkcji Inżyniera Rezydenta, Inżyniera Kontraktu .", przy co najmniej jednej budowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej (od początku realizacji budowy do wystawienia przynajmniej świadectwa Przejęcia Robót) prowadzonej w oparciu o procedury FIDIC o wartości robót budowlanych minimum 50 000 000 PLN brutto;
- b) inspektor nadzoru robót budowlanych -nie mniej niż 6-letnie doświadczenie (liczone od daty uzyskania uprawnień budowlanych) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót konstrukcyjno budowlanych przy realizacji obiektów kubaturowych; doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót konstrukcyjno -budowlanych przy co najmniej jednej budowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej prowadzonej w oparciu o procedury FIDIC;
- c) inspektor nadzoru robót drogowych -nie mniej niż 5-letnie doświadczenie (liczone od daty uzyskania uprawnień budowlanych) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót drogowych; doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót drogowych przy co najmniej jednej budowie/ przebudowie prowadzonej w oparciu o procedury FIDIC;
- d) inspektor nadzoru robót elektroenergetycznych -nie mniej niż 5-letnie doświadczenie (liczone od daty uzyskania uprawnień budowlanych) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru

14

inwestorskiego w zakresie robót elektroenergetycznych w tym przy co najmniej jednej budowie obiektu użyteczności publicznej;

e) inspektor nadzoru robót instalacyjnych -nie mniej niż 5-letnie doświadczenie (liczone od daty uzyskania uprawnień budowlanych) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót sanitarnych: wod-kan, wentylacji, ogrzewania w tym przy co najmniej jednej budowie obiektu użyteczności publicznej;

f) inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych -nie mniej niż 5-letnie doświadczenie (liczone od daty uzyskania uprawnień budowlanych) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót telekomunikacyjnych, w tym przy co najmniej jednej budowie obiektu użyteczności publicznej;

g) inspektor ds. rozliczeń -nie mniej niż 5-letnie doświadczenie w zakresie rozliczania inwestycji w tym doświadczenie przy rozliczeniu minimum jednej budowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej realizowanego w oparciu o procedury FIDIC o wartości robót minimum 50 000 000 PLN brutto.

Z przedstawionych w wykazie osób i podmiotów informacji na temat osób dedykowanych na poszczególne stanowiska oraz opisu doświadczenia powyższych osób, nie wynika w sposób jednoznaczny, że spełnione zostały warunki postawione przez zamawiającego. W szczególności z opisu doświadczenia wskazanych wyżej osób nie wynika, że:

p. Marek W. (kierownik kontraktu) -nie posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji Inżyniera Rezydenta, Inżyniera Kontraktu przy co najmniej jednej budowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej (od początku realizacji budowy do wystawienia przynajmniej świadectwa Przejęcia Robót) prowadzonej w oparciu o procedury FIDIC o wartości robót budowlanych minimum 50000000 PLN brutto. Ze wskazanych w tabeli zamówień tylko jedno realizowane było w oparciu o zasady FIDIC -renowacja poprzemysłowej strefy Nowe Gliwice. Podnieść należy jednakże, że w ramach tego zamówienia wybudowano tylko jeden budynek, a pozostałe budynki poddano przebudowie. Nadto w ofercie brak jest informacji potwierdzających, że wartość robót budowlanych związanych z budową budynku kubaturowego użyteczności publicznej w ramach zadania renowacja poprzemysłowej strefy Nowe Gliwice wynosiła nie mniej niż 50 000 000 PLN brutto.

p. Antoni W. (inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych) -nie posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót telekomunikacyjnych, w tym przy co najmniej jednej budowie obiektu użyteczności publicznej. Z opisu doświadczenia

p. A. W., zamieszczonego w wykazie osób i podmiotów wynika, iż nie wykonywał on obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót telekomunikacyjnych przy jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej. Zarówno droga ekspresowa 5-1, jak i osiedle mieszkaniowe, nie mieszczą się w definicji obiektu użyteczności publicznej. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12

15

kwietnia 2002¹ w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. nr 75 poz. 690) przez obiekt użyteczności publicznej rozumie się: budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym także budynek biurowy i socjalny.

p. Bronisław P. (inspektor ds. rozliczeń) -nie posiada doświadczenia w zakresie rozliczania inwestycji w tym doświadczenie przy rozliczeniu minimum jednej budowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej realizowanego w oparciu o procedury FIDIC o wartości robót minimum 50 000 000 PLN brutto.

Ze wskazanych w tabeli zamówień tylko jedno polegało na budowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej realizowanej w oparciu o zasady FIDIC -renowacja poprzemysłowej strefy Nowe Gliwice. Podnieść należy jednakże, że w ofercie brak jest informacji potwierdzających, że wartość robót budowlanych związanych z budową budynku kubaturowego użyteczności publicznej w ramach zadania renowacja poprzemysłowej strefy Nowe Gliwice wynosiła nie mniej niż 50 000 000 PLN brutto.

Z uwagi na powyższe przedstawiony przez Inwest-Complex -RPI wykaz osób i podmiotów potwierdza, że konsorcjum nie spełnia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak już podniesiono powyżej, brak jest podstaw prawnych do zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy i wezwania wykonawcy Inwest-Complex -RPI do uzupełnienia dokumentu wykazu osób i podmiotów. Zamawiający ma taki obowiązek jedynie wówczas, gdy wykonawca nie złożył w ogóle dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu albo złożył dokumenty zawierające błędy. Tym samym zamawiający nie może wezwać konsorcjum do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, gdyż dokument ten został złożony oraz nie zawiera błędów. Fakt, iż złożony przez konsorcjum wykaz osób i podmiotów nie potwierdza, że wykonawca Inwest-Complex -RPI spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie może być w świetle prawa poczytany za błąd w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy.

[...]"

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

W dniu 28.08.2009 zamawiający protest OVE ARUP oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia, odnosząc się do zarzutów protestu, zamawiający podniósł m.in.:

„[...]”

1. Przedłożony (str. 58 w ofercie) przez Konsorcjum firm: Inwestycje, Budownictwo Handel Inwest-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, Wykaz usług, (w tym również opis usług wykazanych w pozycji nr 1 wykazu) potwierdza, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Również przedłożony przez Wykonawcę: Konsorcjum firm Inwestycje, Budownictwo Handel Inwest-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, Wykaz osób i podmiotów (str 37-do str 40 w ofercie) potwierdza, że Wykonawca ma do dyspozycji osoby spełniające wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających że usługi te zostały wykonane należyście. Uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawców przedstawienia w składanych ofertach referencji wynika z § 1 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r Nr 87 poz. 605 z późn. zm.). Zapisy powyższego Rozporządzenia uprawniają zamawiającego jedynie do żądania referencji w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Wszelkie niezbędne informacje takie jak przedmiot usługi, jej wartość, odbiorcę, datę wykonania powinny zostać zawarte w wykazie, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 wskazanego rozporządzenia. Wykaz jest formą oświadczenia Wykonawcy, za które ponosi on określoną prawem odpowiedzialność 'w

przypadku gdy jest ono nieprawdziwe. Nie ma zatem podstaw do żądania od wykonawców aby przedstawiali referencje zawierające w swojej treści te same dane, które muszą być zamieszczone w wykazie dotychczas realizowanych zamówień. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż Wykonawca -Konsorcjum firm: Inwestycje, Budownictwo Handel Inwest-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu przedłożył wymagane dokumenty które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

4. Szczegółowe wyjaśnienia w sprawie zarzutów podniesionych w proteście firmy Ove Arup & Partners International Limited dotyczących nie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca Inwest-Complex przedstawił w piśmie znak

z dnia 24.08.2009r, którym do DOZ/EW/377/045/548/08 przystąpił postępowania

protestacyjnego po stronie zamawiającego.

Wykonawca stwierdził, że "W ofercie złożonej przez konsorcjum firm Inwest-Complex Sp. z o.o. i RPI Sp. z o. o. wykazano między innymi doświadczenie w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC przy realizacji zadania: "Renowacja przemysłowej strefy Nowe Gliwice -obiekt użyteczności publicznej.

Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego [Wydawnictwo Naukowe PWN -sierpień 2008, str.534.] słowo "obiekt" oznacza budynek, zespół budynków lub urządzenia terenowe. Wobec braku w treści SIWZ innego odniesienia co do interpretacji znaczenia słowa "obiekt" przyjmujemy ww. określenie za powszechnie zrozumiałe.

Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia pn.: "Renowacja przemysłowej strefy Nowe Gliwice" -referencje załączone do oferty przez Konsorcjum jest obiektem użyteczności publicznej i stanowi zespół budynków funkcjonalnie ze sobą połączonych o łącznej kubaturze 124 062,79 m³.

Kontrakt realizowany był na podstawie pozwolenia na budowę wydanego na cały obiekt - zadanie, budynki połączone są systemowo sieciami zewnętrznymi i instalacjami wewnętrznymi w tym między innymi okablowaniem strukturalnym, SAP, systemem włamania i napadu, TV dozоровej, ponadto Kontrakt rozliczany był jako całość jak również kontrolowany przez instytucje współfinansujące jako całość, a nie poszczególne jego elementy.

Wobec powyższego wykazane doświadczenie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego i w SIWZ, jak również spełnia wymagania Zamawiającego doświadczenie wykazane w zakresie spełnia wymagań wskazanego zespołu Inżyniera Kontraktu w tym Kierownika Kontraktu, Inspektora nadzoru robót budowlanych, specjalisty ds. rozliczeń a w przypadku P. inż. A. W. wykazano doświadczenie w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru w

18

zakresie robót telekomunikacyjnych w zadaniu Budowa Biblioteki Śląskiej w Katowicach [obiekt użyteczności publicznej].
[...]"

ODWOŁANIE

W dniu 07.09.2009 r. OVE ARUP wniosła odwołanie od oddalenia jej protestu. Odwołujący powtórzył i podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście. W uzasadnieniu odwołania podniesiono dodatkowo m.in.:

[...]

Niezasadne są argumenty Zamawiającego przytoczone w rozstrzygnięciu protestu, iż budowa i przebudowa 4 budynków w ramach tej inwestycji spełnia warunek wykonania robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie jednego obiektu użyteczności publicznej o określonych parametrach technicznych i finansowych. Zamawiający wywodzi powyższe z faktu, iż na przedsięwzięcie inwestycyjne "Renowacja przemysłowej strefy Nowe Gliwice" wydane zostało jedno pozwolenie na budowę oraz to przedsięwzięcie inwestycyjne rozliczane było jako całość.

Niesłuszne jest również stanowisko Zamawiającego wskazane w rozstrzygnięciu protestu odnoszące się do cech obiektu budowlanego. Zamawiający -poprzez odesłanie do definicji używanej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie...", warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002r. przyjął na siebie obowiązek dokonania oceny doświadczenia wykonawcy oraz kwalifikacji personelu będącego w dyspozycji wykonawcy zgodnie z tymi warunkami. Tym samym Zamawiający winien zweryfikować, czy wykonawca posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji nadzoru inwestorskiego lub funkcji Inżyniera Kontraktu nad wykonywaniem robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 60 000m³, wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 PLN brutto. Skoro zatem Zamawiający odwołuje się do definicji zawartej w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002r., zobowiązany jest uznawać za obiekt użyteczności publicznej budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za

19

budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Podkreślić należy, iż wbrew stanowisku Zamawiającego zaprezentowanemu w rozstrzygnięciu protestu, powyższe rozumienie przez Zamawiającego określenia "obiekt użyteczności publicznej" jako budynku określonego przeznaczenia potwierdzone zostało w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 8 ppkt 1 lit. b) akapit 2), cyt.: "Uwaga: Obiekt użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z wyłączeniem: wielko powierzchniowych obiektów handlowych, magazynów i terminali logistycznych;"

Takie rozumienie definicji obiektu użyteczności publicznej zostało przekazane przez Zamawiającego wszystkim również w odpowiedziach na pytania zadawane do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia -vide: pismo Zamawiającego z dnia 27 maja 2009r., odpowiedź na pytanie nr 1 oraz nr 2. Rozporządzenie wydane zostało na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane. Tym samym do określania znaczenia pojęć użytych w rozporządzeniu należy stosować definicje zawarte w ustawie Prawo budowlane. I tak, definicję "budynku" zawiera art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane. Budynkiem jest tylko taki obiekt budowlany, który łącznie spełnia następujące warunki:

- jest trwale związany z gruntem,
- jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych,
- posiada fundamenty i dach.

Obiekt budowlany wykonany bez przegród zewnętrznych, fundamentów bądź bez dachu lub niezwiązany trwale z gruntem, nie odpowiada określonym w komentowanym przepisie warunkom i w związku z tym nie może być uznawany za budynek. W konsekwencji 4 budynki wykonane w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego "Renowacja przemysłowej strefy Nowe Gliwice" nie mogą być uznane za jeden obiekt użyteczności publicznej w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Przywoływanie w rozstrzygnięciu protestu definicji słowa "obiekt" wedle Słownika Języka Polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN, sierpień 2008r.), w oderwaniu od całości sformułowania używanego w specyfikacji, tj. "obiekt użyteczności publicznej", należy uznać za niedozwoloną modyfikację przez Zamawiającego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosunku do zasad opisanych w specyfikacji w odniesieniu do oferty Inwest-Complex -RPI, co stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości postępowania.

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego od Zamawiającego w piśmie z dnia 31 sierpnia 2009r. znak BRM-07175/8/09, wynika, że żaden z budynków zrealizowanych w ramach

20

przedsięwzięcia inwestycyjnego "Renowacja przemysłowej strefy Nowe Gliwice" nie jest budynkiem o kubaturze nie mniejszej niż 60 000 m³. Budynek Rektoratu ma kubaturę 2380 m³, budynek dydaktyczny wraz z łącznikiem -12016,60 m³ + 381,60 m³, budynek Wyższej Uczelni ma kubaturę 55 000 m³, zaś budynek Inkubatora Przedsiębiorczości ma kubaturę 54 284,59 m³. Wykonawca Inwest-Complex -RPI w złożonym wraz z ofertą wykazie wykonanych usług nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W świetle art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy skutkować to winno wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

II.

Opisane powyżej okoliczności powodują, iż wykonawca Inwest-Complex -RPI nie potwierdził również spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania personelem o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu. Konsorcjum nie wykazało w szczególności, że:

1) kierownik kontraktu -p. Marek W., posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji inżyniera Rezydenta, Inżyniera Kontraktu przy co najmniej jednej budowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej (od początku realizacji budowy do wystawienia przynajmniej świadectwa Przejęcia Robót) prowadzonej w oparciu o procedury FIDIC o wartości robót budowlanych minimum 50 000 000 PLN brutto; Wymaga podkreślenia, że Zamawiający postawił wymagania dla kierownika kontraktu, by osoba mająca pełnić tę rolę posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji inżyniera rezydenta, inżyniera kontraktu przy co najmniej

jednej budowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej, prowadzonej w oparciu o procedury FIDIC o wartości robót budowlanych minimum 50 000 000 PLN brutto. Istotne jest tu wyraźne rozróżnienie odrębnego określenia wymagań dla kierownika kontraktu i nie dopuszczenie wykazania jego doświadczenia zdobytego przy pełnieniu funkcji inżyniera rezydenta, inżyniera kontraktu dla inwestycji budowlanych nie polegających na budowie obiektu użyteczności publicznej (np. przebudowa, modernizacja, remont). Na potwierdzenie powyższego warunku w opisie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia p. M. W.

wymieniony został wyłącznie jeden projekt spełniający te kryteria, tj.

- budowa obiektu kubaturowego użyteczności publicznej oraz

- budowa jw. prowadzona w oparciu o procedury FIDIC oraz

- budowa jw. o wartości robót budowlanych minimum 50 000 000 PLN brutto,

przedsięwzięcie inwestycyjne obejmujące budowę i przebudowę 4 budynków w ramach

"Renowacji przemysłowej strefy Nowe Gliwice". Jednakże w ramach tego przedsięwzięcia wybudowano tylko jeden budynek (3 przebudowano), o nieznanej wartości robót

budowlanych. Jak już wskazano wyżej, Konsorcjum podało wyłącznie łączną wartość robót budowlanych dla budowy i przebudowy wszystkich 4 budynków, bez wskazania wartości robót budowlanych dla każdego z nich.

21

2) inspektor ds. rozliczeń -p. Bronisław P., posiada doświadczenie w zakresie rozliczania inwestycji w tym doświadczenie przy rozliczeniu minimum jednej budowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej realizowanego w oparciu o procedury FIOIC o wartości robót minimum., 50 000 000 PLN brutto; Zamawiający postawił wymaganie dla inspektora ds. rozliczeń, by osoba ta posiadała doświadczenie w zakresie rozliczania inwestycji, w tym doświadczenie przy rozliczeniu minimum jednej budowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej, prowadzonej w oparciu o procedury FIOIC o wartości robót budowlanych minimum 50 000 000 PLN brutto. ponownie podkreślenia wymaga wyraźne rozróżnienie wymagań dla inspektora ds. rozliczeń i nie dopuszczenie wykazania jego doświadczenia zdobytego przy rozliczaniu inwestycji budowlanych nie polegających na budowie obiektu użyteczności publicznej (np. przebudowa, modernizacja, remont). Na potwierdzenie powyższego warunku w opisie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia p. B. P. wymieniony został wyłącznie jeden projekt spełniający te kryteria, tj.

- budowa obiektu kubaturowego użyteczności publicznej oraz

- budowa jw. prowadzona w oparciu o procedury FIDIC oraz

- budowa jw. o wartości robót budowlanych minimum 50 000 000 PLN brutto,

przedsięwzięcie inwestycyjne obejmujące budowę i przebudowę 4 budynków w ramach

"Renowacji przemysłowej strefy Nowe Gliwice". Jednakże w ramach tego przedsięwzięcia wybudowano tylko jeden budynek (3 przebudowano), o nieznanej wartości robót

budowlanych. Jak już wskazano wyżej, Konsorcjum podało wyłącznie łączną wartość robót budowlanych dla budowy i przebudowy wszystkich 4 budynków, bez wskazania wartości robót budowlanych dla każdego z nich.

3) inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych -p. Antoni W., posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót telekomunikacyjnych, w tym przy co najmniej jednej budowie obiektu użyteczności publicznej. Niezrozumiałe jest uznanie przez Zamawiającego, iż podane w opisie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia p. A. W. informacje o realizowanych w latach 1995-1998 robotach teletechnicznych, pożarowych i telewizji przemysłowej na obiekcie Biblioteki Śląskiej w Katowicach, spełniają opisany warunek. Z informacji zawartych w wykazie osób i podmiotów nie można w żaden sposób wnioskować, iż inwestycja ta polegała na budowie budynku Biblioteki Śląskiej w Katowicach.

Wykonawca Inwest-Complex -RPI w złożonym wraz z ofertą wykazie osób i podmiotów nie potwierdził, że dysponuje osobami o wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacjach i doświadczeniu, a tym samym nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W świetle art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy skutować to winno wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

22

PROTEST

W dniu 21.08.2009 r. Konsorcjum w składzie: Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych Inwestprojek-Śląsk z Katowic (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji "INWERSTOR" s.c. z Dąbrowy Górniczej oraz Zakład Robót i Usług Specjalistycznych "ZRUS" Sp. z o.o. z Dąbrowy Górniczej (dalej „Inwestprojekt-Śląsk”) wniosło protest na czynności zamawiającego polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu protestującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 3 i ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, 5 i 8, art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy oraz zażądał:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności wykluczenia protestującego z postępowania,
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty protestującego,
4. wezwania protestującego do uzupełnienia względnie wyjaśnienia wymaganych oświadczeń i dokumentów,
5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu wskazano m.in.:

„[...]”

Zamawiający dokonał wykluczenia Protestującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, wskazując jako uzasadnienie faktyczne załączone do oferty Protestującego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy - bez uprzedniego wezwania Protestującego do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Jednocześnie Zamawiający stwierdza, iż nie wzywał Protestującego do uzupełnienia w/w dokumentów ponieważ pomimo ich złożenia oferta Protestującego podlega odrzuceniu, a jako podstawę odrzucenia oferty wskazuje art. 24 ust. 4 ustawy. Stanowi to oczywiste naruszenie art. 24. ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż warunkiem koniecznym wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest uprzednie wezwanie wykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia oświadczeń lub dokumentów w wyznaczonym terminie. Należy tu nadmienić, że Protestujący złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, tak więc złożone na

23

wezwanie Zamawiającego dokumenty i oświadczenia potwierdziłyby spełnianie tych warunków. W tym stanie rzeczy uzasadnienie faktyczne wykluczenia Protestującego z postępowania pozostaje w sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i stanowi naruszenie art. 24 ust 3 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego wskazując jako uzasadnienie prawne:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Odnosząc się do wskazanej wyżej podstawy prawnej odrzucenia oferty stwierdzamy:

Ad 1. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający cytuje jedynie przepis art. 90 ust. 3 ustawy, który powinien być wskazany łącznie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 jako podstawa prawna odrzucenia oferty. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty nie zawiera natomiast uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, co stanowi naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy. Protestujący nie może w tym stanie rzeczy odnieść się do dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień wraz z dowodami dostarczonymi przez Protestującego, na podstawie której to oceny Zamawiający stwierdził, że oferta Protestującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z ostrożności procesowej zwracamy jednakże uwagę na następujące fakty:

-W dniu 3.07.2009 Zamawiający wezwał Protestującego o wyjaśnienie czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Do wyjaśnień należało dołączyć szczegółową wycenę usługi. Śądanie to stało w sprzeczności z treścią SIWZ, bowiem w punkcie 16 SIWZ (Opis sposobu obliczania ceny) nie zawarto wymogu załączenia do oferty szczegółowej wyceny usługi, a zgodnie z § 3 wzoru umowy wynagrodzenie umowne jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Niemniej jednak Protestujący załączył do wyjaśnień złożonych w dniu 09.07.2009 wycenę szczegółową usługi, z której wynika cena oferty. W punkcie IV wyjaśnień stwierdziliśmy, że cena ta nie jest w żadnym razie niższa od kosztów wytworzenia jakie poniesie nasze Konsorcjum na realizację przedmiotu zamówienia. Wskazaliśmy także "wyjątkowo sprzyjające warunki"

wykonania zamówienia dostępne dla nas jako Wykonawcy.

-W punktach I, II i III wyjaśniliśmy, że cena naszej oferty nie jest rażąco niska w porównaniu z cenami innych Wykonawców.

-Uznając cenę naszej oferty jako rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia należałoby za rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia uznać również ceny ofert nr 2 (wybrana w postępowaniu) i nr 4, czego Zamawiający nie dokonał.

Ad 2. Wykluczenie Protestującego z postępowania było bezpodstawne -patrz część pierwsza protestu, dotycząca wykluczenia Protestującego.

Ad 3. Zarzut wadliwości załączonego do oferty pełnomocnictwa jest chybiony. Udzielone przez Prezesa Spółdzielni pełnomocnictwo z dnia 04.03.2005 r. do dokonywania czynności

24

prawnych związanych z kierowaniem bieżącą działalnością gospodarczą Spółdzielni oraz do składania oświadczeń woli w imieniu Spółdzielni udzielone Marii S. i Antoniemu F. nie jest pełnomocnictwem jedynie do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, lecz pełnomocnictwem wynikającym z przepisów ustawy z dnia 16 września 1982 r. -Prawo spółdzielcze (Dz. U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 z późno zm.). Art. 54 i 55 tej ustawy stanowią, że w spółdzielniach o zarządzie jednoosobowym (vide odpis z KRS) oświadczenia woli za spółdzielnię składają: członek zarządu i pełnomocnik lub dwaj pełnomocnicy. Pełnomocnictw udziela Zarząd Spółdzielni -a więc w tym przypadku Prezes Spółdzielni Andrzej S. Oryginały pełnomocnictw wydane zostały pełnomocnikom, nie jest więc wadą potwierdzenie ich kopii za zgodność z oryginałem przez tychże pełnomocników. Jest to także zgodne z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 w sprawie rodzajów dokumentów ... (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późno zm.), stanowiącym, że kopie dokumentów za zgodność z oryginałem potwierdza wykonawca. Należy tu nadmienić, że Zamawiający mógł w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwać Protestującego do złożenia wyjaśnienia dotyczącego przedmiotowego pełnomocnictwa.
[...]"

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

W dniu 28.08.2009 zamawiający protest Inwestprojekt-Śląsk w całości oddalił.

Odnosząc się do zarzutów protestu zamawiający wyjaśnił m.in.:

„[...]

Zamawiający dokonał wykluczenia Protestującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ponieważ: załączony do oferty Wykaz osób i podmiotów (ZAŁĄCZNIK Nr 3) nie potwierdza, że osoba wskazana (pod Lp. 6 Wykazu) do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych posiada wymagane doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót telekomunikacyjnych w tym przy co najmniej jednej budowie obiektu użyteczności publicznej; wykaz usług (ZAŁĄCZNIK Nr 4) został złożony w formie kserokopii, która nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem ani też wykonawca jej nie podpisał; w usługach wskazanych w Lp1. Wykazu Wykonawca nie określił daty (dzień, miesiąc, rok) ukończenia usługi (wskazał jedynie lata w jakich ją wykonywał) co nie pozwala na dokonanie oceny czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. Działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów ponieważ pomimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W zawiadomieniu o Wynikach postępowania Zamawiający przywołał treść art. 24 ust. 4 zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za

25

odrzuconą, natomiast jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu) a nie jak sugeruje Protestujący, że Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty wskazał art. 24 ust. 4 ustawy.

2. Czynności odrzucenia oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu

zamówienia Zamawiający dokonał po uprzednim przeprowadzeniu zgodnie z obowiązującymi przepisami postępowania wyjaśniającego. Zarzut wykonawcy, iż żądanie przez Zamawiającego szczegółowej wyceny usługi jest sprzeczny z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest całkowicie bezzasadny. Działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zwrócił się (pismem nr kor. UM-242473/2009r z dnia 03.07.2009r) do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz powodów zastosowania tak niskiej ceny. Szczegółowa ocena wyjaśnień (którą Zamawiający przedkłada jako załącznik do niniejszego rozstrzygnięcia protestu) przedłożonych przez Protestującego (pismem znak L. dz. N/285/ 2009r z dnia 09.07.2009r) oraz pełna dokumentacja postępowania wyjaśniającego czy oferta zawiera rażąco niską cenę stanowią załącznik do Protokołu postępowania i są udostępniane zainteresowanym na zasadach określonych w art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami, dostarczonymi przez Wykonawcę w trakcie przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości Zamawiający zobowiązany był do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Zgodnie z opinią publikowaną na stronie www.uzp.gov.pl Urzędu Zamówień Publicznych "Dołączone do oferty pełnomocnictwo m.in. do złożenia oferty powinno mieć postać oryginału albo uwierzytelnionej notarialnie kopii. Forma i treść złożonego pełnomocnictwa powinna być oceniana z uwzględnieniem przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 99 k.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonywania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Co do zasady złożenie oferty wymagane jest w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 82 ust. 2) i w tej samej formie powinno być złożone pełnomocnictwo uprawniające dokonanie tej czynności w imieniu reprezentowanego. Do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli stąd też niewątpliwie wymóg ten spełnia oryginał udzielonego pełnomocnictwa. To samo dotyczy notarialnego odpisu pełnomocnictwa (). Nie spełniające wymagania formy pisemnej jest

26

natomiast poświadczenie treści pełnomocnictwa przez samego pełnomocnika umocowanego, tymże pełnomocnictwem." Ponieważ załączone przez Protestującego do oferty Pełnomocnictwo Prezesa Spółdzielni do dokonywania czynności prawnych związanych z kierowaniem i bieżącą działalnością gospodarczą Spółdzielni oraz składania oświadczeń woli w imieniu Spółdzielni zostało załączone w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osoby którym tym dokumentem pełnomocnictwa udzielono, a nie w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii, oraz mając na uwadze że Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy nie wzywał do uzupełnienia pełnomocnictwa, ponieważ pomimo jego złożenia oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy.

[...]"

Do rozstrzygnięcia protestu załączono „Opinię zamawiającego na temat uzasadnienia Inwestprojekt-Śląsk Katowice w sprawie rażąco niskiej ceny” sporządzoną przez pracownika Wydziału Inwestycji i Remontów, Inspektora Nadzoru, p. Tadeusza C.

ODWOŁANIE

W dniu 07.09.2009 r. Inwestprojekt-Śląsk wniósł odwołanie od oddalenia jego protestu.

Odwolujący podtrzymał i powtórzył wszystkie zarzuty i żądania protestu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in.:

Ad 1. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty zawartym w oddaleniu protestu Zamawiający załącza "Opinie Zamawiającego..." datowaną 06.08.2008 (?) sporządzoną przez Inspektora nadzoru inż. Tadeusza C. oraz „Analizę ofert..." sporządzoną przez tę samą osobę. Odwołujący nie może traktować tych dokumentów, jako oficjalnego stanowiska Zamawiającego. Oficjalne dokumenty powinny być zgodnie z art. 18 ustawy sygnowane przez kierownika zamawiającego lub osobę, której kierownik zamawiającego powierzył

zastrzeżone dla siebie czynności.

[...]

Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu stwierdza, że oferta Wykonawcy "zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości". Otóż, w celu zabezpieczenia się przed nienależytym wykonaniem zamówienia Zamawiający postawił wykonawcom uczestniczącym w przetargu szereg warunków udziału w postępowaniu. To spełnianie tych warunków, a nie cena oferty, stanowią o możliwości wykonawcy realizacji zamówienia z należytą starannością.

27

- We wspomnianej "Opinii Zamawiającego..." datowanej 06.08.2008 (?) oraz w „Analizie ofert...” Pan Tadeusz C. popełnia szereg błędów w ocenie wyjaśnień Odwołującego dotyczących ceny oferty oraz w ustaleniu "kryteriów rażąco niskiej ceny":

1. Przyjmuje, że Wykonawca prowadził będzie jedynie działalność związaną z realizacją niniejszego zamówienia i oblicza koszty pozapłacowe Wykonawcy, a te Wykonawca pokrywa z różnych rodzajów działalności i z różnych dochodów. Ponadto, w "Wycenie szczegółowej usługi" Odwołujący podał koszty ogólne w punktach 1.2 i na, a w punktach 1.3 i 1.5 przewidział także rezerwę na wydatki nieprzewidziane.

2. Zakłada, że Wykonawca zapewni stałą dostępność całego zespołu 7-miu fachowców w okresie trwania umowy, łącznie z 36-miesięcznym okresem gwarancyjnym, co wg niego skutkuje pełnoetatowym zatrudnieniem tych fachowców wyłącznie dla celów realizacji zamówienia. Wymóg taki nie wynika z treści SIWZ.

3. Ingeruje w organizację pracy Wykonawcy, ustalając zaangażowanie fachowców Wykonawcy w poszczególnych etapach realizacji zamówienia w sposób całkowicie nieadekwatny do zakresu prac przewidzianych w poszczególnych etapach.

4. Nie rozumie na czym polega system zarządzania jakością ISO. Otóż polega właśnie na prowadzeniu usługi na najwyższym poziomie jakościowym przy maksymalnej redukcji kosztów.

5. Nie potrafi ocenić redukcji kosztów związanej z wykonywaniem części zadań związanych z realizacją zamówienia przez właścicieli firmy konsorcjanta. Oszczędności z tym związane są oczywiste.

6. Uznaje, że nie wykazano w jaki sposób doświadczenie pracownika powoduje zmniejszenie ceny. To przecież truizm. Pracownik z małym doświadczeniem poświęca znacznie więcej czasu na załatwienie sprawy niż pracownik o dużym doświadczeniu. A czas pracy fachowców, to podstawowe koszty realizacji przedmiotowego zamówienia.

7. Stwierdza brak "danych dotyczących zysku na kontrakcie". Tymczasem zysk został podany przez Odwołującego w "Wycenie szczegółowej usługi" w punktach 1.4 i 1.6.

8. Dokonał "analizy wyroków Zespołu Arbitrów przy UZP" i wywodzi stąd „jednolity pogląd” na podstawie którego ustala "kryterium rażąco niskiej ceny". Jaki wobec tego mają cel przepisy art. 90 ust. 1 i 2 ustawy?

[...]"

Uwzględniając powyższe oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także oświadczenia stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

28

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wszyscy odwołujący legitymują się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Sprawa KIO/UZP 1338/09

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska odwołującego w przedmiocie charakteru czy statutu prawnego harmonogramu terminowo-rzeczowo-finansowego kwalifikowanego jako dokument wskazany w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do

zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. „dokumenty przedmiotowe, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, i które zostały przykładowo wskazane w § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa RM z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane). Decydującym kryterium różniącym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Z jednej strony jest to wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie realizowanego zobowiązania, natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy... etc..., spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia. Skład orzekający lbzy dostrzega trudności mogące zaistnieć przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania zamówień publicznych jako potwierdzających okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, czy też jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty i przesądzających o zastosowaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakikolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem, że np. zaoferowana w postępowaniu usługa jest zgodna (odpowiada) z treścią siwz (wymaganiom zamawiającego). Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art.

29

89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z siwz czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2). Konsekwentnie, należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy). W skrajnym przypadku, doprowadzając *ad absurdum*, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również „dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu.

Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej należało zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjmując należało, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe np. w oparciu o zastosowanie wskazanych trzy akapity wyżej dystynkcji.

W świetle powyższego, harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy odnoszący się w świetle postanowień zał. nr 8 do siwz do terminów, zakresu prac oraz rozbięcia poszczególnych płatności przypadających na poszczególne części prac w ich postępie czasowym, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument składający się na treść oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom siwz. W konsekwencji, Izba podkreśla brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia.

Jednakże, powyższe nie przesądza o prawidłowości zastosowania art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu. Powołany przepis stanowi wyraźnie, iż odrzuca się ofertę, której treść nie odpowiada treści

siwz z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W opisywanym przypadku brak załączenia wymaganego harmonogramu terminowo-rzeczowo-finansowego jest brakiem formalnym, który nie przesądza o niezgodności treści oferty z siwz. Jak przyznał sam zamawiający, w załączniku nr 8 do siwz w sposób zupełny i wyczerpujący określił algorytm sporządzenia harmonogramu. Przy podstawieniu do tego

30

algorytmu ceny zaoferowanej oraz zakresów i okresów wykonywania poszczególnych części zamówienia również ściśle określanych w siwz, otrzymamy gotowy harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy, którego prawidłowe sporządzenie zgodne z siwz ograniczało się właściwie do przez wykonawcę prostych wykonania operacji arytmetycznych na liczbach oraz nadania dokumentowi wybranej szaty graficznej. Niezrozumiała dla Izby pozostaje podnoszona przez przystępującego Ove Arup okoliczność czy też niejednoznaczność występująca przy sporządzaniu harmonogramu, która ma powstawać poprzez konieczność uwzględnienia nieokreślonych przerw pomiędzy usług. Wystąpienie przerw pomiędzy poszczególnymi etapami wykonywania

poszczególnymi etapami prac jest okolicznością oczywistą, którą odzwierciedla sam opis przedmiotu zamówienia dzielący wykonywanie usług według tego typu klucza. Długość trwania tego typu przerw jest natomiast okolicznością niedookreśloną, zależną od czasu prowadzenia i kontraktowania robót budowlanych czy podejmowania stosownych decyzji przez zamawiającego, których trwanie można określić jedynie względnie w odniesieniu do wydarzeń decydujących o ich rozpoczęciu czy zakończeniu. W harmonogramie tego typu przerwy nie muszą wcale być zaznaczane. Fakt ich wystąpienia wystarczająco wynika z samego etapowania usług, poza tym wymagany harmonogram nie odnosi się do konkretnych dat, ale określa jedynie długość trwania poszczególnych etapów prac. Wykonawca składając ofertę zobowiązał się do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, co do zasady zaakceptował również przewidywane i narzucane przez zamawiającego we wzorze umowy oraz zał. nr 8 do siwz okresy rozliczania, fakturowania oraz wysokość płatności występujące w trakcie realizacji umowy. Jak już wskazano, wymagany przez zamawiającego, przygotowywany przez wykonawcę i przedkładany wraz z ofertą harmonogram rzeczowo-finansowy jest jedynie graficznym odzwierciedleniem wymagań siwz, nie niesie ze sobą żadnych dodatkowych, pozostawionych uznaniu wykonawcy treści zobowiązaniowych określających sposób wykonania przyszłego zamówienia. Niemniej jednak niepodważalny jest fakt żądania jego przedłożenia oraz fakt, iż w swojej treści odnosi się do sposobu wykonania zamówienia – w tym znaczeniu stanowi więc część oferty wykonawcy – a także okoliczność, iż w ofercie odwołującego tego typu harmonogramu zabrakło. Jak słusznie również podniósł przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca Ove Arup, zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie wszystkich żądanych części oferty (wraz z załącznikami), a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty. Tym samym konieczne jest podjęcie odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia oferty w tym zakresie.

31

W ocenie Izby w przedmiotowych okolicznościach zachodzi pełna możliwość zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do sanowania oferty w opisywanym zakresie. Zgodnie z dyspozycją wskazanego przepisu zamawiający poprawia omyłki wykonawcy polegające na niezgodności oferty z treścią siwz nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Podstawową przesłanką warunkującą zastosowanie powołanego przepisu jest więc stopień „istotności” zmian w treści oferty, których dokonania wymagałoby doprowadzenia do stanu zgodności oferty z siwz. Tymczasem w związku z opisanym wyżej

charakterem żadanego harmonogramu determinującym jego kształt przy podstawieniu zmiennej cenowej do określonego przez zamawiającego algorytmu jego sporządzenia, a także wynikającym z powyższego brakiem jakichkolwiek ram swobodnego i uznaniowego wypełnienia harmonogramu treścią, uznać należy, iż uzupełnienie takiego harmonogramu nie będzie istotną ingerencją w treść oferty. Na marginesie można wskazać, iż również w przypadku matematycznych błędów w obliczeniu wartości poszczególnych płatności czy różnych pomyłek w samym kształcie harmonogramu, wobec tego typu postanowień siwz, możliwe byłoby poprawienie harmonogramu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Do wyboru zamawiającego pozostaje więc kwestia czy sam tego typu harmonogram sporządzi podstawiając ceną oferty do algorytmu zawartego w załączniku nr 8 do siwz i efekt powyższego przedstawi do zaakceptowania wykonawcy, czy też nie oszczędzając ewidentnie odpowiedzialnemu za powstałe przeoczenie wykonawcy trudu związanego z przygotowaniem dokumentu, zwróci się do niego w trybie art. 87 ust. 1 o wyjaśnienie jaki kształt harmonogramu zamierzał przyjąć, a następnie na podstawie otrzymanych wyjaśnień sformułuje odpowiednie poprawienie oferty i wnioszek o jej akceptację przez wykonawcę. Izba wskazuje, iż tego typu wyjaśnienia nie stanowią wytworzenia żadnego nowego oświadczenia woli wykonawcy, które może różnić się od oświadczenia pierwotnie wyrażonego w ofercie. Nie stanowią również żadnych zakazywanych w powoływanych przepisach zmian w jej treści. Uprzedzając próby sprowadzeniem do absurdu dopuszczonego powyżej uzupełniania oferty o brakujące elementy poprzez wywodzenia z powyższego przyzwolenia na uzupełnianie wszelkich jej braków czy też zupełną bezkarność wykonawców w ignorowaniu wyraźnie wyrażonych wymagań zamawiających, Izba jeszcze raz wskazuje, iż o dopuszczalności (obowiązku) tego typu działań zamawiającego decyduje zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przesłanka „istotności” dokonywanych ingerencji w treść oferty. W przypadku gdy pominięto załączenie do oferty załączników szczególnie istotnych, których

32

treść przesądza i dookreśla treść przyszłego zobowiązania, ponadto które sporządzane były przez wykonawcę w ramach wymogów siwz ale w granicach przyznanej mu decyzyjności i swobody co do ukształtowania oferty, gdy *de facto* nie wiadomo jaki kształt i zakres mogły przybrać treści pominięte – uzupełnienie tego typu braków będzie niemożliwe.

W związku z potwierdzeniem przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego nieuprawnione zastosowanie do oferty odwołującego, zasadne stało się nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Z powyższego wynika również dla zamawiającego obowiązek unieważnienia czynności odrzucenia oferty, przywrócenia jej do postępowania, unieważnienia wyboru oferty wybranej... etc... oraz przede wszystkim obowiązek uprzedniego przeprowadzenia oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu z wszelkimi ewentualnie koniecznymi uzupełnieniami adekwatnych dokumentów dokonywanymi na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Naruszenia pozostałych przepisów wskazywanych w proteście i odwołaniu nie stwierdzono.

Sprawa KIO/UZP 1346/09

W przedmiocie znaczenia i determinowanego znaczeniem zastosowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, iż w razie wątpliwości, co do ich rzeczywistej treści, podmiotem w pierwszej kolejności uprawnionym do dokonywania wykładni używanych przez siebie wyrażen i zwrotów jest ich autor, czyli w tym przypadku zamawiający. Dokonywana przez zamawiającego wykładnia autentyczna własnych postanowień siwz winna być dokonywana w odniesieniu i w ramach ich literalnego brzmienia, ale także z uwzględnieniem celu regulacji ustawowej normującej dane zagadnienie. W świetle dyrektywy wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy, odnoszącej się do formułowania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym przez analogię możliwej do zastosowania do ich interpretacji, dotyczące warunków postanowienia siwz nie powinny być interpretowane zawężająco, tj. w sposób, który prowadzi do ograniczenia konkurencji poprzez ograniczanie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Z uwzględnieniem powyższych zasad należy również ustalić znaczenie powoływanych przez

odwołującego, i przytaczanych w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia wymaganiach siwz, których niespełnienie odwołujący zarzuca wybranemu wykonawcy.

33

Wbrew sugestiom odwołującego użyte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyrażenie „obiekt użyteczności publicznej” lub „obiekt kubaturowy użyteczności publicznej” nie zostało zdefiniowane w adekwatnych przepisach prawa. W rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z wyłączeniem: wielkopowierzchniowych obiektów handlowych, magazynów i terminali logistycznych oraz w Prawie budowlanym występują jedynie definicje „objektu budowlanego”, „budynku” oraz „budynku użyteczności publicznej”. Odwołujący zdaje się stosować nieuprawniony zabieg retoryczny polegający na przedstawianiu części za całość (*pars pro toto*) – z faktu, że zdefiniowana została część pojęcia czy wyrażenia nie wynika, iż odnoszący się do nich *definiens* może zostać przeniesiony i podstawiony za całość wyrażenia. Tym bardziej, że zakresy definiowane (*definiendae*) w przypadku ww. pojęć pokrywają się jedynie w części.

Za uprawnione należy więc uznać odesłanie do potocznej definicji obiektu postulowane przez zamawiającego oraz przystępującego Konsorcjum Inwest-Complex dopuszczające rozumienie pod tym pojęciem zespołu powiązanych ze sobą przestrzennie i funkcjonalnie budynków, natomiast dokonane przez zamawiającego odesłanie do przepisów ww. rozporządzenia miało jedynie na celu określenie funkcji i przeznaczenia wymaganego obiektu.

Tym samym chybione stają się zarzuty odnoszące się do braku wykazania przez wybranego wykonawcę wymaganego doświadczenia w nadzorowaniu robót budowlanych polegających na wykonywaniu obiektu użyteczności publicznej o wymaganej kubaturze i wartości – strefa przemysłowa Nowe Gliwice nadzorowana przez Konsorcjum Inwest-Complex, może zostać uznana za jeden obiekt użyteczności publicznej i tym samym wchodzące w jej skład budynki spełniają łącznie parametry wymagane przez zamawiającego.

Następnie Izba stwierdza, iż warunki udziału w postępowaniu dotyczące osób, którymi ma dysponować wykonawca, rzeczywiście, tak jak postuluje odwołujący, zostały przez zamawiającego sformułowane poprzez odniesienie do nadzorowania budowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej, a więc zawężone w stosunku do wymaganego doświadczenia wykonawcy gdzie dopuszczono nadzorowanie robót budowlanych. W świetle definicji zawartych w art. 3 pkt. 6, 7 i 7a ustawy Prawo budowlane na roboty budowlane składają się zarówno budowa, jak i przebudowa, które są pojęciami odrębnymi. Na pojęcie budowy składają się również takie czynności jak odbudowa, rozbudowa czy nadbudowa obiektu budowlanego. Natomiast przebudowa jest takim wykonywaniem robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji.

34

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska odwołującego, iż charakter robót budowlanych prowadzonych w strefie Nowe Gliwice nie spełnia warunku budowy i tym samym nie może służyć do wykazywania doświadczenia osób tam zatrudnionych. Jak wynika z informacji zamieszczonych w serwisie internetowym miasta Gliwice www.um.gliwice.pl, czy z serwisu www.nowegliwice.pl, z których informacje przedkładane w charakterze dowodów na rozprawie, wydaje się czerpał również odwołujący (zdjęcia budynków wykonanych w ramach projektu), charakter oraz skala prowadzonych prac wskazuje na odmienną od przebudowy kwalifikację robót. Nie budzi wątpliwości, iż tylko jeden z czterech prezentowanych tam budynków jest budynkiem w pełni nowowymuszowanym, niemniej jednak skala wyburzeń, którymi zostały objęte budynki pozostałe połączone ze zmianami konstrukcyjnymi budynków w zakresie piwnic, stropów, liczby kondygnacji, więźby dachowej... etc... powoduje, iż ww. prace wykonywane w ramach projektu „Rewitalizacja strefy przemysłowej Nowe Gliwice” uznane być powinny za odbudowę, a nie przebudowę budynków. Tym samym wykazywanie doświadczenia nabytego w trakcie powyższych prac uznać należy za spełniające warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do budowy obiektów.

W odniesieniu do kwestionowanego doświadczenia kandydata na stanowisko inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych, p. Antoniego W., Izba wskazuje, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma potrzeby formalnego mnożenia czynności wyjaśniania czy uzupełniania w odniesieniu do faktów, które są notoryjnie i powszechnie, w tym zamawiającemu, znane. W przedmiocie rozstrzygnięcia kwestii charakteru budowy Biblioteki Śląskiej jako gmachu nowowytbudowanego wystarczające jest zapoznanie się z serwisem www tej instytucji.

Na marginesie niniejszego rozstrzygnięcia skład orzekający Izby wskazuje, iż w jego ocenie, za przeważający i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz przede wszystkim prawidłowy, należy uznać pogląd, iż w zakresie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp mieści się również uzupełnianie/wymiana dokumentów, które nie zawierają błędów formalnych a z ich treści wynika, że wykazane usługi, osoby... etc... nie spełniają wymagań postawionych przez zamawiającego. W przypadku gdy w świetle powołanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów) tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki (a *maiori ad minus*). Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału po prostu nie ma w postępowaniu i należy wezwać do jego uzupełnienia. W związku z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, wykonawca

35

będzie miał ponowną szansę udokumentowania, np. przy pomocy zmienionego wykazu osób, usług czy sprzętu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu – zarówno poprzez przedłożenie wykazu zawierającego zupełnie nowe wykonane prace czy osoby, czy też poprzez poprawienie błędów w informacjach dotyczących okoliczności już pierwotnie wykazywanych.

Reasumując, zarzuty odwołania dotyczące braku należytego udokumentowania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu, czy wręcz niespełniania tych warunków, Izba uznała za niepotwierdzone, tj. nie potwierdzono naruszenia przepisów zarzucanego zamawiającemu w proteście i odwołaniu.

Sprawa KIO/UZP 1347/09

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku redakcją ww. przepisu skład orzekający Izby w pełni popiera i zgadza się ze stanowiskami wyrażanymi w znaczącej części orzecznictwa arbitrażowego i sądowego, które definiują i odnoszą pojęcie „rażąco niskiej ceny” do przedmiotu zamówienia, którego dotyczy. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Skład orzekający Izby w żadnym razie nie popiera wyrażanych w części orzecznictwa stanowisk, które potwierdzenia dla wystąpienia ceny rażąco niskiej, czy wręcz jej istoty, poszukują poprzez odniesienie ceny oferty do wyznaczonej przeważnie konwencjonalnymi metodami szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia lub cen innych ofert składanych w danym postępowaniu (średniej arytmetycznej cen). Wystąpienie powyższych jest jedynie poszlaką, która może uzasadniać wystąpienie podejrzenia, iż zaproponowana cena jest rażąco niska i w konsekwencji konieczność podjęcia przez zamawiającego dalszych czynności wyjaśniających oraz sprawdzających w tym przedmiocie (art. 90 ustawy).

36

Następnie Izba wskazuje, iż w postępowaniu dotyczącym ustalenia, czy oferta zawiera cenę

rażącą niską nie dochodzi, do żadnych „swoistych” odwróceń ciężaru dowodu w tym zakresie. Zgodnie z regułami rozkładu ciężaru dowodu wskazanymi w art. 188 ust. 1 Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego strony powinny udowodnić fakty i okoliczności na które się powołują i z których wywodzą określone skutki prawne. Ustawa, wbrew obiegowo powtarzanym opiniom, nie formułuje również żadnych domniemań prawnych odnośnie ceny rażąco niskiej.

Zgodnie z powoływanym wyżej art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przesłanką odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu jest rzeczywiste wystąpienie rażąco niskiej ceny. Następnie według dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ponadto zgodnie z ust. 3 powołanego przepisu odrzuca się ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba oceniając przedstawione dowody oraz zupełność i wiarygodność twierdzeń odwołującego, zamawiającego oraz przystępujących przedstawianych w trakcie rozprawy oraz znajdujących się w dokumentacji postępowania w przedmiocie wystąpienia bądź braku wystąpienia w ofercie odwołującego ceny rażąco niskiej uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu nie została udowodniona.

Jak wynika ze stanu faktycznego niniejszej sprawy zamawiający o tego typu wyjaśnienia wystąpił, wykonawca je przedłożył, a zamawiający po dokonaniu ich oceny uznał, że potwierdzają fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej.

Abstrahując od kwestionowanego przez odwołującego sposobu podpisania czy sporządzenia przez określone osoby dokumentów, w których sformułowano ocenę wyjaśnień wykonawcy – w przypadku gdy zostały tego typu dokumenty użyte i powołane przez zamawiającego należy je uznać za jego dokumenty własne – wskazać należy, iż przedstawiona tam argumentacja w żaden sposób nie potwierdza i nie dowodzi w jaki sposób z rzeczonych wyjaśnień zamawiającego ma wynikać, iż cena przez niego zaproponowana jest rażąco niska, tzn. jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu prac składających się na dany przedmiot zamówienia, uniemożliwiająca wykonanie poszczególnych elementów zamówienia przy założonych kosztach i tym samym nie odpowiadająca rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, przedstawione wyjaśnienia należy uznać za kompletne w odniesieniu do kalkulacji wszystkich elementów cenowych i zakładanej ich wysokości w ich powiązaniu ze wszystkimi elementami

składającymi się na przedmiot zamówienia. Ponadto, poza wskazaniem na generalne porównania z poziomem cen konkurencji lub poziomem cen najtańszych ofert w innych przetargach tego typu nie wykazano na czym ma polegać nierealistyczność poszczególnych kalkulacji przypisanym poszczególnym zakresom prac.

Jedyną konkretnym argumentem i wskazaniem mogących świadczyć o nieadekwatności zaproponowanych cen do przedmiotu zamówienia, tu: zakresu prac, które wykonywać będzie Inżynier kontraktu przy pomocy swojego personelu, jest wyliczenie wynagrodzenia poszczególnych osób wykonujących zamówienia i odniesienie powyższych kwot do cen rynkowych za tego typu usługi, w szczególności generujące największą część kosztów kontraktu wynagrodzenia personelu kluczowego. Niestety tego typu wyliczenia przedstawione przez zamawiającego jako oparte na nieuprawnionych i fałszywych założeniach nie mogą zostać uznane za relewantne w sprawie.

W odniesieniu do wszystkich etapów wykonywania usług (I – Prace przygotowawcze, II – Realizacja, III – Okres gwarancyjny) zamawiający w dokonanej ocenie wyjaśnień wykonawcy przyjął, nie oparte w wymaganiach siwz (umowy) odnoszących się do sposobu wykonywania zamówienia ani w rzeczywistym przebiegu procesu budowlanego i związanymi z nim obowiązkami Inżyniera kontraktu, założenie, iż wszyscy eksperci kluczowi wykonywać będą swoje obowiązki w pełnym zaangażowaniu czasowym dopuszczalnym przez normy rozkładu czasu pracy i przez cały okres trwania poszczególnych etapów umowy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w świetle opisu przedmiotu zamówienia

wyznaczającego dokładnie zakres zadań wykonawcy w I etapie realizacji umowy, zupełnie chyby jest wyrażony w pkt AD 4 „Opinii zamawiającego na temat uzasadnienia Inwestprojektu-Śląsk Katowice w sprawie rażąco niskiej ceny” pogląd jakoby zespół 7 inspektorów nadzoru miał wykonywać prace tego etapu przez cały czas jego trwania i przy pełnym własnym zaangażowaniu czasowym. Wbrew założeniom zamawiającego wykonanie prac I etapu wymaga przede wszystkim zaangażowania innego rodzaju specjalistów i pracowników, których koszty opłacenia w tabeli zatytułowanej „Wycena szczegółowa usługi” wykonawca generalnie wskazał na poziomie 100 000 zł. Zamawiający dla wykazania nierealności i faktu zaniżenia ww. kalkulacji wynagrodzeń w żaden sposób nie usiłował merytorycznie wykazać jaka liczba personelu konieczna jest do wykonania zadań objętych zakresem etapu I oraz na jakim poziomie kształtują się wynagrodzenia tego typu specjalistów na znanym mu rynku, ale wykonał zupełnie nieadekwatne operacje matematyczne odnoszące przewidzianą pulę wynagrodzeń do liczby siedmiu inspektorów nadzoru pracujących w pełnym wymiarze czasu nad realizacją przygotowania jego inwestycji.

38

Również w odniesieniu do kalkulacji wykonawcy dotyczącej wyceny etapu II zamawiający zastosował ten sam nieuprawniony zabieg statystyczny, który w jego ocenie miał przesądzić o wykazaniu, iż zastosowane stawki wynagrodzeń odbiegają od realiów rynku. W tym przypadku zamawiający prawidłowo odniósł się do liczby przewidzianych do wykonywania prac siedmiu ekspertów kluczowych, niemniej jednak znowu bez oparcia w wymaganiach siwz, które mogłyby w stosunku do wykonawcy egzekwować lub dających się opisać i wyrazić wymogach prowadzenia i nadzorowania procesu budowlanego założył stałą obecność (bo tak należy rozumieć termin „dostępność”) poszczególnych inspektorów nadzoru na budowie poprzez cały okres wykonywania prac budowlanych. Tymczasem o ile inspektor nadzoru robót budowlanych zaangażowany będzie na wszystkich etapach wykonywanych robót, to poszczególni nadzorujący dane branże niezbędni będą do nadzorowania przypisanych im robót wtedy gdy będą rzeczywiście wykonywane. Wobec powyższego przyjąć należy, iż wynikający z dzielenia przez liczbę ekspertów kluczowych i liczbę miesięcy etapu II koszt średni koszt wynagrodzenia jednego eksperta na poziomie ok. 2600 zł jest kwotą, która w rzeczywistości nie wystąpi na kontrakcie, ale wynagrodzenia poszczególnych ekspertów w okresie faktycznego wykonywania prac oraz w wymiarze uwzględniającym ich rzeczywiście wymagane zaangażowanie czasowe na budowie konieczne ze względu na osiągnięcie celów umowy oraz spełnienia wymogów stawianych w adekwatnych przepisach prawa, może być wielokrotnie wyższe niż wyliczona przez zamawiającego kwota 2600 zł brutto na osobę.

Analogicznie przy ocenie wynagrodzeń zespołu ekspertów w trakcie trwania okresu gwarancyjnego robót zamawiający popełnił ten sam błąd uogólnienia. Postrzeganie okresu gwarancyjnego jako pasma stale występujących wad i ich nieustannego naprawiania wymagającego stałego zaangażowania wszystkich inspektorów nadzoru jest skrajnie nieprawdopodobne i nieracjonalne. Przewidywane koszty w tym zakresie wynikają raczej z oceny ryzyk tego typu zagrożeń dokonywanych przez wykonawcę, a wykazanie nierzetelnej i zaniżonej kalkulacji w tym przedmiocie wymagałoby wykazania, iż w odniesieniu do danej inwestycji przyjęcie danego poziomu kosztów usuwania wad i ich nadzorów jest nierealistyczny, odbiegający od rzeczywistych zagrożeń jakie działając z należytą starannością należałoby uwzględnić i skalkulować.

Również podnoszone przez przystępujących okoliczności jakoby w dokonanej wycenie odwołujący skupił się jedynie na kosztach inspektora nadzoru zapominając o obowiązkach wynikających z faktu pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu według FIDIC, związanych z zarządzaniem kontraktem, rozliczaniem dofinansowania unijnego oraz techniczną i materiałową obsługą powyższych działań nie znajdują potwierdzenia w faktach. W wyjaśnieniach wykonawcy z 09.07.2009 r. zawarto i wyceniono pozycje odnoszące się zarówno do kosztów obsługi organizacyjnej Inżyniera, jak koszty opłacania personelu

39

pomocniczego, który może wykonywać zadania nie związane z nadzorowaniem robót budowlanych. Przystępujący poza ogólnymi i gołosłownymi twierdzeniami przypisującymi

kosztom tego typu miano „znaczących” nie wykazali jaki rzeczywisty nakład pracy wymagany jest do ich wykonania, jaka liczba osób stanowi tu niezbędne minimum dla wykonania określonych zadań, oraz przede wszystkim jaki poziom kosztów osobowych w stosunku do koniecznego nakładu pracy uznać należy za niezaniżony. Wyrażając powyższe inaczej: zamawiający ani przystępujący nie wykazali jakie dokładnie obowiązki i przypisany do nich nakład pracy powinien zostać założony i wyceniony oraz ile realnie powinny kosztować tego typu usługi. W związku z powyższym nie sposób uznać przedstawionych przez odwołującego kwot za zaniżone.

Reasumując, odwołujący przedstawił stosowne wyjaśnienia zawierające kompletną kalkulację cenową poszczególnych elementów oferty. Ponadto przedstawił ogólnikowe, ale wiarygodne czynniki według których kalkulował swoje wydatki związane z realizacją kontraktu, takie jak odpowiedni personel, doświadczenie, działalność na lokalnym rynku, stała i dyspozycyjna kadra... etc... Natomiast ocena przedstawionej kalkulacji dokonana przez zamawiającego w odniesieniu do generujących zasadniczą część kosztów realizacji kontraktu wynagrodzeń personelu Inżyniera nie wykazała, iż założony poziom kosztów osobowych lub jakichkolwiek innych, jest w stosunku do zakresu i wymaganego sposobu wykonywania umowy zaniżony czy nierealistyczny. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż zaoferowana wyjaśnienia potwierdzają, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Jak już wskazano, za dowody potwierdzające fakt jej wystąpienia nie mogą zostać uznane same zestawienia cen ofertowych i szacunkowej wartości zamówienia. Mogłyby natomiast zostać za takowe uznane dowody zmierzające do wykazania jaki jest rzeczywisty nakład pracy czy materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz ich ceny rynkowe poniżej których poziomu możemy mieć do czynienia z ceną rażąco niską. Izba jeszcze raz podkreśla, iż dowodów tego typu ani zamawiający, ani przystępujący nie przedstawili.

Przedstawiona przez zamawiającego dokumentacja dotycząca nienależytego wykonania przez odwołującego usług na rzecz Teatru Muzycznego w Gliwicach została uznana za nie posiadającą znaczenia dowodowego w sprawie. Przedmiotem niniejszego odwołania nie jest badanie ogólnej wiarygodności odwołującego oraz przyczyn ewentualnego nie wywiązywania się przez niego z innych zobowiązań umownych, które niebawem, zgodnie z deklaracjami stron, staną się przedmiotem sporu sądowego, ale kwestia przedłożenia we wskazanej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia.

40

W związku z potwierdzeniem przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez jego nieuprawnione zastosowanie do oferty odwołującego, zasadne stało się nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Z powyższego wynika również dla zamawiającego obowiązek unieważnienia czynności odrzucenia oferty, przywrócenia jej do postępowania, unieważnienia wyboru oferty wybranej... etc... oraz przede wszystkim obowiązek uprzedniego przeprowadzenia oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu z wszelkimi ewentualnie koniecznymi uzupełnieniami adekwatnych dokumentów dokonywanymi na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (wraz z uzupełnianiem pełnomocnictw). Naruszenia pozostałych przepisów ustawy zarzucane zamawiającemu w proteście i odwołaniu są wtórne w stosunku do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, tzn. są konsekwencjami nieprawidłowego zastosowania tego przepisu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a i 2 ustawy w ww. sprawach, rzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku postępowania. W sprawie KIO/UZP 1338/09 uwzględniono koszty dojazdu oraz zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....