

, V WYROK

◁ i

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lipca 2009r.

Sąd Okręgowy w Suwałkach I Wydział Cywilny w składzie następującym:
Przewodniczący: SSO Dariusz Małkiński (spr.)

Sędziowie: SSO Małgorzata Szostak - Szydłowska
SSO Jolanta Krzyżewska

Protokolant: Ewa Andryszczyk
po rozpoznaniu w dniu 21 lipca 2009 roku w Suwałkach
na rozprawie

**sprawy z odwołania Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego SA w Suwałkach
z udziałem zamawiającego Miasta Suwałki i uczestnika postępowania -
wykonawcy Budimex Dromex SA w Warszawie**

no skutek skargi Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego SA w Suwałkach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 8 czerwca 2009r., sygn. akt KIO UZP 663/09

1. Oddala skargę;
2. Zasądza od skarżącego: Przedsiębiorstwa Drogowo - Mostowego w Suwałkach S.A. na rzecz zamawiającego Miasta Suwałki kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym;
3. Zasądza od skarżącego: Przedsiębiorstwa Drogowo - Mostowego w Suwałkach S.A. na rzecz uczestnika postępowania - wykonawcy Budimex Dromex S. A. w Warszawie kwotę 5.500 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym. **N» aryglmale właściwe podpisy**

Sygn. akt I Ca 137/09

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska Suwałki w dniu 20 lutego 2009 roku ogłosiła przetarg nieograniczony na realizację projektu „Przebudowa ulicy Reja w Suwałkach w ciągu drogi wojewódzkiej nr 655”. Termin składania ofert oznaczony został do dnia 15 kwietnia 2009 roku do godziny 10:00.

W odpowiedzi na ogłoszenie wpłynęły 4 oferty przedsiębiorców

zainteresowanych wykonaniem inwestycji. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 31.869.539,00 zł brutto.

Wszyscy wykonawcy spełniali określone w ogłoszeniu warunki udziału w przetargu. Żadnego z przedsiębiorców nie wykluczono od udziału w przetargu, ani też nie odrzucono żadnej ze złożonych ofert.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2009 roku zażądał od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty przez wskazanie lokalizacji wytwórni mas bitumicznych, ich podstawowych parametrów w celu potwierdzenia, że wytwórnia zapewnia wytworzenie mieszanek o parametrach wskazanych w szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Zamawiający na podstawie wskazanego w ogłoszeniu kryterium ceny dokonał wyboru oferty Budimex Dromex Spółki Akcyjnej w Warszawie (dalej Budimex Dromex). Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana uczestnikom postępowania przetargowego w dniu 24 kwietnia 2009 roku.

W dniu 30 kwietnia 2009 roku uczestniczące w przetargu Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe Spółka Akcyjna w Suwałkach (dalej PDM) wniosło do zamawiającego protest. Podniosło, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. - dalej pzp), co doprowadziło do wyboru wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu i który winien być z przetargu wykluczony. Wskazując na powyższe protestujący zażądał:

- dokonania czynności ponownej oceny ofert;
- wykluczenia z udziału w postępowaniu Budimex Dromex;
- odrzućcenia oferty Budimex Dromex;
- uznania oferty PDM za najkorzystniejszą a tym samym wybranie protestującego jako wykonawcę zamówienia.

Zarzućł naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp (zaniechanie odrzucenia oferty Budimex Dromex w sytuacji gdy ta nie odpowiadała treści siwz), art. 22 ust 1 pkt 2

1

ppz (zaniechanie wykluczenia Budimexu, który nie posiada technicznego potencjału niezbędnego do wykonania zadania) i art. 7 pzp (wbrew zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wybrano na wykonawcę podmiot, którego oferta powinna być odrzućcona i nie przyznanie wykonania zadania wykonawcy, który spełnia wszystkie warunki i gwarantuje należyte wykonanie robót.

Zdaniem protestującego niewykluczenie Budimexu Dromexu i nie odrzucenie jego oferty (pomimo niespełniania warunków z siwz) stanowi przejaw nierównego traktowania. Powołując się na rozdział 9 ust 2 i rozdział 10 pkt 8 siwz podała, iż wykonawcy powinni byli złożyć oświadczenie, iż posiadają dostęp do wytwórni mas bitumicznych, zlokalizowanej w odległości umożliwiającej spełnienie warunku, że czas transportu od załadunku do rozładunku nie powinien przekraczać 2 godzin, z jednoczesnym spełnieniem warunku zachowania temperatury wbudowania. Oświadczenie takie wykonawcy mieli złożyć na załączniku nr 7 do oferty.

W ocenie protestującego wyjaśnienia Budimexu Dromexu zawarte w piśmie złożonym w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 20 kwietnia 2009 roku, jednoznacznie wskazują, iż nie spełnia on wyżej wskazanego wymogu. W odpowiedzi wskazał on bowiem, że do realizacji tego zadania przewidziana została własna wytwórnia mas bitumicznych Marini M 160 E205 o wydajności 160 t/h, zlokalizowana w Dąbrowie Białostockiej, działka o numerze 69/1 będąca w wieczystym użytkowaniu Sokolskiego Przedsiębiorstwa Drogowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sokółce (dalej SPD), na której to działce zlokalizowana jest obecnie działająca wytwórnia mas bitumicznych. Zdaniem skarżącego wyjaśnienia te jednoznacznie wskazują, że Budimex Dromex przewidziała do realizacji zadania wytwórnię, ale na dzień składania ofert nie wiadomo gdzie owa wytwórnia się znajduje. Budimex Dromex nie wykazał, że dysponuje jakimkolwiek prawem do tej działki, że posiada pozwolenie na budowę, ewentualnie że wynajął znajdującą się tam wytwórnię. Nawet gdyby Budimex Dromex wytwórnię spełniającą wymagania usytuował na wskazanej działce, to brak technicznych możliwości dostarczenia masy bitumicznej do Suwałk w żądanych przez zamawiającego odstępach czasu. Samochód z masą bitumiczną waży około 40 ton, trasa najkrótsza z Dąbrowy Białostockiej do Suwałk wiedzie przez Lipsk i Augustów. Ograniczenia na trasie dotyczą samochodów powyżej 15 ton. Tym samym trasa przejazdu musiałaby przebiegać przez Suchowolę i wydłużyłaby się do 90 km, a przy tym na odcinku Suchowola - Augustów - Suwałki występuje wzmożony ruch. Rozważając opcję przejścia przez Budimex wytwórni SPD, to urządzenie to jest sprzętem przestarzałym a jej wydajność to około 25 ton na godzinę. Tym samym Budimex nie zapewnia ciągłości dowozu masy bitumicznej na teren budowy.

Protestujący zdaje sobie sprawę, iż inwestycja ta to znaczne obciążenie dla budżetu Gminy, jednak organizując przetarg, powinna ona wziąć pod uwagę nie tylko cenę, ale też jakość i techniczna możliwość wykonania prac.

Do protestu przystąpił Budimex Dromex, wnosząc o oddalenie protestu. Podał, że rozdział 10 pkt 8 siwz wymagał złożenia stosowanego oświadczenia, a nie wykazania za pomocą odpowiednich dokumentów, iż istotnie dostępem do położonej

2

w określonym miejscu wytwórni dysponuje. Oświadczenie stosownej treści zostało złożone, tym samym warunki wynikające z siwz w tym zakresie spełnił. Procedura wyłaniania wykonawcy została zakończona i na tym etapie zamawiający nie może żądać przedstawienia dalszych dokumentów-art. 38 p.z.p. dopuszcza możliwość modyfikacji siwz wyłącznie przed terminem składania ofert. Twierdzenia protestującego odnośnie czasu transportu masy na teren budowy to tylko przypuszczenia, oparte na teoretycznych rozważaniach i hipotetycznych założeniach odnośnie natężenia ruchu drogowego.

Protest został oddalony przez zamawiającego w dniu 8 maja 2009 roku. Gmina Miejska Suwałki uznała, iż jest on całkowicie nieuzasadniony. Zdaniem zamawiającego Budimex Dromex spełnia wszystkie wymagania wskazane w siwz. Na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących lokalizacji wytwórni mas bitumicznych oraz jej podstawowych parametrów jak również podanie, czy wytwórnia zapewnia automatyczne dozowanie składników Budimex Dromex udzielił wyczerpującej i satysfakcjonującej zamawiającego odpowiedzi. Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia podzielił stanowisko Budimexu Dromexu.

W piśmie z dnia 15 maja 2009 roku SPD wskazała, że na dzień 22 kwietnia 2009 roku nie udostępnił w żadnym zakresie Budimexowi Dromexowi wytwórni w Dąbrowie Białostockiej, ani też nie wyraziła zgody na usytuowanie na ich działce wytwórni Budimexu Dromexu.

PDM wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od

oddalenia protestu żądając unieważnienia czynności uznania oferty Budimexu Dromexu za najkorzystniejszą i wyboru tej spółki na wykonawcę zamówienia. Wniosła o nakazanie zamawiającemu:

- dokonania czynności ponownej oceny ofert;

- odrzućenia ofert Budimex Dromex jako niezgodnej z wymogami siwz ewentualnie wykluczenia z udziału w postępowaniu Budimex Dromex i w konsekwencji odrzucenie oferty tej spółki;

- uznania oferty PDM za najkorzystniejszą a tym samym wybranie odwołującego się jako wykonawcę zamówienia.

W uzasadnieniu powołała te same zarzuty co w proteście, dodała, że w jej ocenie oferta Budimexu Dromexu nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że spółka ta spełnia warunki określone w siwz, oraz że jest w stanie sprostać zamówieniu w sposób gwarantujący odpowiednią jakość wykonania. Formułowane przez Budimex Dromex oświadczenia nie pozwalają na zgodne z zasadami uczciwej konkurencji porównanie ofert z tymi złożonymi przez innych uczestników postępowania. Pierwszorzędne znaczenie dla zamawiającego ma ewidentnie złożenie jakiegokolwiek oświadczenia, z pominięciem możliwości zweryfikowania jego prawdziwości oraz rzeczywistej zdolności oferentów do wykonania zadania. Zwrot „posiada dostęp” i „dysponuje” dla odwołującego się ma tożsame znaczenie oznaczające, iż co do zasady posiadający dostęp do rzeczy może nią dysponować. Na wezwanie

3

zamawiającego odnośnie lokalizacji i parametrów wytwórni, kontroferenci Budimexu Dromexu złożyli konkretne wyjaśnienia, podczas, gdy wyjaśnienia Budimexu były nieprecyzyjne i co do zasady nie stanowiły odpowiedzi na zadane pytanie. Przywołał również oświadczenie SPD z 15 maja 2009 roku, w oparciu o którego treść podniósł, iż należałoby rozważyć, czy nie zachodzi okoliczność wskazana w art. 24 ust 2 pkt 2 pzp-podanie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik przetargu.

W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołujący się podniósł również, iż Budimex Dromex nie dysponuje faktycznie kierownikiem robót telekomunikacyjnych a jedynie posiada zobowiązanie firmy zewnętrznej do udostępnienia mu pracownika posiadającego odpowiednie kwalifikacje.

Budimex Dromex zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania wskazał, że nie składał żadnych fałszywych informacji, oraz że dysponuje kilkoma przenośnymi wytwórniami masy bitumicznej, możliwymi do ulokowania w każdym miejscu i określonym czasie. Nadto podnoszony przez odwołującego się zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 pzp wykracza poza ramy protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wyrokiem z dnia 8 czerwca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 663/09 oddaliła odwołanie uznając je za niezasadne. Kosztami postępowania obciążono PDM, zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych 4574 zł z wpisu uiszczonego przez PDM, dokonując wpłaty przez PDM na rzecz Gminy Miejskiej Suwałki kwoty 3600 zł stanowiących uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz zwróciło PDM 15.426 zł z uiszczonego wpisu.

W pisemnych motywach uzasadnienia wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że dokumenty w postaci oświadczeń wykonawcy potwierdzają jego cechy podmiotowe, uprawdopodobniają, iż jest zdolny do wykonania zamówienia zgodnie z

jego treścią. Nie kreują one jednak po stronie uczestnika przetargu żadnego zobowiązania. Ocena czy oferent spełnia warunki odbywa się w systemie 0-1, a po zakończeniu weryfikacji oświadczenia te tracą znaczenie dla dalszego biegu postępowania i pozostają bez wpływu na ocenę oferty. Budimex złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenie, w treści i formie takiej, jak wynika to z siwz. Postępowanie w tym zakresie nie było więc obarczone brakami ani wadami. Nie powstały one również na skutek korespondencji między zamawiającym a Budimexem Dromexem (pisma z 20 kwietnia 2009 i 22 kwietnia 2009 roku). Wymieniona korespondencja nie miała nic wspólnego z potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a żądane wyjaśnienia dotyczyły treści samej oferty. W braku stosownych zapisów siwz, nie istnieje po stronie wykonawców domniemanie zobowiązania do realizacji zamówienia środkami, materiałami i narzędziami, którymi dysponowali w momencie składania ofert, a wykonawca ma swobodę co do organizacji własnej pracy i wyboru sposobu wykonania zamówienia.

Co do zarzutów odnośnie naruszenia art. 191 ust 3 pzp i 24 ust 2 pkt 2 pzp Krajowa Izba Odwoławcza się nie wypowiedziała, albowiem uznała, iż zakres jej kognicji wyznaczony jest zarzutami sformułowanymi w proteście, a treść protestu nie koresponduje z określonymi wyżej zarzutami.

Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniósł PDM.

W skardze podniósł zarzuty naruszenia:

-art. 7 pzp przez uznanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przetargu;

-art. 22 ust 1 pkt 2 pzp przejawiający się w zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu uczestnika, który nie posiada potencjału technicznego niezbędnego do wykonania zadania;

-art. 24 ust 2 pkt 2 pzp przejawiający się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania uczestnika, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na jego wynik;

-art. 89 ust 1 pkt 2 pzp przez uznanie, że nie zaistniały w sprawie przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty Budimexu Dromexu;

-art. 191 ust 3 pzp przez błędne zastosowanie i nierozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 pzp, podczas gdy ten został podniesiony w proteście;

-art. 192 ust 2 pzp przez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku faktów, które Krajowa Izba Odwoławcza uznała za udowodnione oraz dowodów na których się oparła i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej.

Podnosząc te zarzuty PDM wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i rozstrzygnięcie co do istoty przez:

-unieważnienia czynności uznania oferty Budimexu Dromexu za najkorzystniejszą i wyboru tej spółki na wykonawcę zamówienia.

-nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert i

wykluczenia z udziału w postępowaniu Budimex Dromex;

-uznania oferty PDM za najkorzystniejszą a tym samym wybranie odwołującego się jako wykonawcę zamówienia;

-zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz strony skarżącej kosztów postępowania skargowego w tym kosztów zastępstwa prawnego za postępowanie odwoławcze i skargowe,

ewentualnie o:

-unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 7 pzp i zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz strony skarżącej kosztów postępowania skargowego w tym kosztów zastępstwa prawnego za postępowanie odwoławcze i skargowe.

W uzasadnieniu powieliła wcześniej podnoszone argumenty. Dodała, że zamawiający nie może się ograniczyć do samego faktu złożenia formalnego oświadczenia, ale ważnym jest, aby jego treść była zgodna z prawdą i znajdowała oparcie w stanie faktycznym. Budimex Dromex na dzień składania zamawiającemu wyjaśnień (22 kwietnia 2009 roku) nie zawarł z użytkownikiem działki a zarazem właścicielem wytwórni mas bitumicznych w Dąbrowie Białostockiej żadnej umowy. Tym samym złożył nieprawdziwe wyjaśnienie.

Zamawiający nie przeprowadził żadnych dodatkowych czynności w celu zweryfikowania spełnienia przez Budimex Dromex warunków uczestnictwa w przetargu.

Zdaniem PDM wbrew stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający postawił wykonawcom określone warunki co do sposobu realizacji prac i ich jakości- o czym świadczy chociażby kilkaset stron specyfikacji szczegółowych. Budimex Dromex nie jest w stanie sprostać wymogom w zakresie ściśle określonej temperatury masy bitumicznej (z uwagi na odległość i warunki transportu z Dąbrowy Białostockiej do Suwałk).

PDM podała, iż nie można się zgodzić z Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie niepodniesienia w proteście zarzutu podani a przez Budimex Dromex nieprawdziwych informacji, albowiem już w proteście przywołał informację z Sokolskiego Przedsiębiorstwa Drogowego. Podstawa prawna tych zarzutów i w konsekwencji opartych na nich żądań została doprecyzowana w odwołaniu. Tym samym KIO naruszyła dyspozycję art. 191 ust 3 pzp. Zdaniem skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza nie ustosunkowało się także do wskazywanych przez PDM dowodów, ani też nie zajęła stanowiska co do zarzutu braku możliwości dowozu przez Budimex Dromex do Suwałk masy bitumicznej.

Naruszenie zasad uczciwej konkurencji (argumentując podobnie jak w proteście i odwołaniu) PDM upatruje w niewyjaśnieniu przez zamawiającego wszystkich aspektów złożonych ofert. Pomimo zgłoszonych zamawiającemu zarzutów nie zweryfikował oświadczenia Budimexu Dromexu.

Wybór Budimexu Dromexu w tych okolicznościach w oparciu o powołanie się na formalizm prawny godzi tak w zasady równego traktowania wszystkich wykonawców, jak i w ogólnospołeczne poczucie sprawiedliwości.

Odpowiedź na skargę wniósł zarówno Budimex Dromex jak i Gmina Miejska Suwałki, wnosząc o oddalenie skargi oraz o zasądzenie od skarżącego na ich rzecz kosztów postępowania.

Budimex Dromex podał, iż wskazane przez PDM zarzuty są oczywiście chybione a wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest zgodny z obowiązującymi przepisami i oparty na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. Odnosząc się do zarzutów PDM-u powielił wcześniej prezentowane stanowisko.

Podobne stanowisko przedstawiła Gmina Miejska Suwałki w odpowiedzi na skargę. Podała dodatkowo, iż siwz nie zawierała żadnych wymagań, co do sposobu pozyskania i transportu masy bitumicznej. Inwestycja finansowana jest ze środków europejskich (umowa z Województwem Podlaskim w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2007-2013. Zadeklarowany przez Gminę Miejską Suwałki harmonogram prac zakładał rozpoczęcie robót w maju 2009 roku a zakończenie w październiku 2010. Ewentualne uwzględnienie skargi PDM, której oferta jest droższa o około 2 miliony złotych niż oferta Budimexu Dromexu, może skutkować zmniejszeniem, a w skrajnym przypadku utratą przyznanych środków unijnych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga, jako pozbawiona uzasadnionych podstaw, podlegała oddaleniu.

Treść składanych w sprawie przez PDM pism w szczególności protestu, odwołania i skargi nie pozostawia wątpliwości, iż osiã formułowanych tam zarzutów jest treść oświadczenia złożonego przez Budimex Dromex odnoszącego się do dostępu do wytwórni mas bitumicznych. Rozważania dotyczące zasadności podnoszonych w skardze zarzutów rozpocząć tym samym należy od wyjaśnienia charakteru tegoż oświadczenia.

W myśl przepisu art. 44 p.z.p. wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty.

Podzielić należy w tym miejscu w całości pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż przepisy p.z.p. wyraźnie odróżniają treść oferty wraz z dokumentami tę treść dookreślającymi od podmiotowych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Spełnienie wymagań podmiotowych warunkuje tym samym dopuszczenie do udziału w przetargu - art. 22 p.z.p. Zamawiający w oparciu o powołany wyżej przepis art. 22 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 24 p.z.p. powinien z kręgu uczestników postępowania wykluczyć podmioty, które nie posiadają odpowiednich przymiotów (wiedzy, doświadczenia, określonych uprawnień, zaplecza technicznego umożliwiającego wykonanie zadania, stabilności finansowej), bądź też ich udział w postępowaniu uznany został przez ustawodawcę za niepożądany.

Z uwagi na treść art. 44 p.z.p. należy przyjąć, że oświadczenie co do którego między innymi toczy się spór, jest odrębnym od oferty dokumentem, potwierdzającym podmiotowe warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sam w sobie nie składa się na treść oferty, ani o niej nie stanowi. Inna jest też przewidziana przez ustawę sankcja niezłożenia oświadczenia, bądź też złożenia go z błędami - wykluczenie z postępowania- art. 24 ust 2 pkt 3 pzp, a nie odrzucenie oferty. Ustawa oprócz obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie nakłada przecież na zamawiającego dodatkowej powinności odrzucenia tej oferty. Przyjęte zostało w tym zakresie inne rozwiązanie, w myśl art. 24 ust 4 p.z.p. wskutek wykluczenia podmiotu z postępowania, jego ofertę [z mocy prawa] uważa się za

odrzuconą.

Wskazane wyżej dokumenty i oświadczenia, co do zasady potwierdzają podmiotowe cechy wykonawcy, uprawdopodobniając, iż jest w stanie wykonać zobowiązanie, lecz już nie (chyba, że wynika to z siwz), że z wymienionego zaplecza będzie korzystał przy wykonywaniu zamówienia. Stanowią więc one tylko o gotowości i zdolności uczestnika do wykonania zadania. Nie przesądzają jednak zobowiązania, że dokładnie przy użyciu tego sprzętu będzie zadanie wykonywał.

W ogłoszeniu z dnia 20 lutego 2009 roku jako jeden z warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazał (odnośnie zdolności technicznej) złożenie „oświadczenia wykonawcy o dostępie do wytwórni mas bitumicznych zlokalizowanej w odległości umożliwiającej spełnienie warunku, że czas transportu od załadunku do rozładunku nie powinien przekraczać 2 godzin z jednoczesnym spełnieniem warunku zachowania temperatury wbudowania.”- sekcja III pkt 2.3.) podpunkt 3.

Nie było kwestionowane ani przez zamawiającego, ani też przez skarżącego, iż oświadczenie tej treści zostało przez Budimex Dromex złożone. W tym miejscu należy wyjaśnić w jakim znaczeniu użyto w ogłoszeniu i w oświadczeniach złożonych przez wykonawców (PDM i Budimex Dromex) pojęcia „wytwórnia”. Słownikowa definicja wytwórni to; zakład, przedsiębiorstwo wytwarzające pewne produkty (str. 803 Słownika Języka Polskiego PWN pod red. Prof. M. Szymczaka, Warszawa 1995). Oprócz tego słowo to, w znaczeniu kolokwialnym, częściowo anachronicznym językowo oznaczać może urządzenie służące do produkcji określonego towaru. Z treści ogłoszenia, oraz dalszych pism zamawiającego (w tym z dnia 20 kwietnia 2009 roku), Budimexu Dromexu (oświadczenia - załącznik do oferty, pisma z dnia 22 kwietnia 2009 roku), pisma Sokolskiego Przedsiębiorstwa Drogowego z dnia 15 maja 2009 roku, jak również wyjaśnień pozostałych dwóch wykonawców uczestniczących w przetargu wynika jednoznacznie, że słowo „wytwórnia” używane było nie w znaczeniu ściśle słownikowym, lecz jako określenie maszyny (czy też zespołu maszyn). Świadczy o tym chociażby wskazywanie w pismach nazwy własnej, i modelu wytwórni. Tylko skarżący konsekwentnie zawęził pojęcie wytwórni do przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, jako zespół składników majątkowych i niemajątkowych służących do prowadzenia określonej działalności - art. 55¹ k.c. (odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2009 roku).

Zdaniem Sądu Okręgowego zarówno treść ogłoszenia o przetargu, jak i dalszych pism zamawiającego nie pozostawia wątpliwości, iż ten ostatni definiował wytwórnię jako maszynę (zespół maszyn) lub urządzenie.

Generalnie siwz nie zawiera żadnych wskazówek interpretacyjnych w tej mierze, z tej przyczyny pojęcie „wytwórni” w realiach niniejszej sprawy powinno obejmować maksymalnie pojemny kontekst znaczeniowy uwzględniający również treści kolokwialne i potoczne.

Odnosząc się do podniesionych w skardze zarzutów wskazać należy, że Sąd Okręgowy podziela twierdzenia skarżącego odnośnie naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu art. 191 ust 3 p.z.p. przez błędne zastosowanie i nierozpoznanie zarzutu naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 p.z.p., podczas gdy ten został podniesiony już w proteście. Skarżący co prawda w proteście nie przytoczył wskazanego przepisu, niemniej jednak analiza treści tego pisma nie pozostawia wątpliwości, iż zamiarem PDM było wskazanie, iż złożone przez Budimex Dromex oświadczenie (wraz z jego dookreśleniem pismem z dnia 22 kwietnia 2009 roku) stanowiło w istocie podanie informacji nieprawdziwych. Zarzut ten został powiązany w proteście ze wskazaniem uchybienia przez przepisowi art. 22 ust 1 pkt 2 p.z.p., najprawdopodobniej z uwagi na przyjęcie przez skarżącego, że skoro Budimex Dromex podał nieprawdziwe informacje, to nie wykazał tym samym, iż jest w stanie wykonać zamówienie. W odwołaniu PDM doprecyzowała powyższy zarzut, tym samym Krajowa Izba

Odwoławcza winna więc była wziąć pod uwagę i te okoliczności. Analizując zarzuty zawarte w proteście należy badać treść całego pisma łącznie z argumentami zawartymi w uzasadnieniu, tym bardziej, gdy pismo wnoszone jest przez osobę nie będącą profesjonalnym pełnomocnikiem.

Nieuwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu naruszenia art. 191 ust 3 p.z.p. nie miało jednak i nie mogło mieć wpływu na trafność zapadłego rozstrzygnięcia. Nieprawdziwe informacje, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. dotyczyć mogą zarówno warunków podmiotowych uczestnika postępowania, jak i przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej rozważania dotyczące znaczenia słowa „wytwórnia”, nie sposób przyjąć, jak tego żąda skarżący, iż Budimex Dromex podał w tym zakresie nieprawdziwe informacje. Nie ulega wątpliwości, iż w toku całego postępowania PDM nigdy nie kwestionowało, iż jego kontroferent dysponuje wytwórnią mas bitumicznych, którą wskazał w oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 7 do oferty. Żądanie przez zamawiającego wyjaśnień (pismo z dnia 20 kwietnia 2009 roku) znajdowało oparcie w treści art. 87 ust 1 p.z.p. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia te dotyczą treści oferty a zakresem jego zainteresowania nie była szczegółowa lokalizacja wytwórni, lecz jej parametry. Słusznie podniosła tym samym Krajowa Izba Gospodarcza, iż nie odnosiło się ono w żadnym zakresie do weryfikacji warunków podmiotowych wykonawców. Skoro poza sporem pozostaje, iż Budimex Dromex dysponuje wytwórnią mas bitumicznych o pożądanym parametrach, to całkowicie nieuzasadnionym pozostaje zarzucanie mu przez PDM podanie w tym zakresie nieprawdziwych informacji. Treści odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2009 roku również nie można traktować jako podanie nieprawdziwych informacji. Budimex Dromex w piśmie z dnia 22 kwietnia 2009 roku nie wskazał, iż wytwórnia Marini jest na podanej w piśmie działce aktualnie posadowiona, na co jednoznacznie wskazuje ostatnie zdanie pisma, w którym wyraźnie stwierdza się, iż „obecnie jest tam działająca wytwórnia”. Ani oświadczenie złożone z ofertą, ani też wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 22 kwietnia 2009 roku nie zawierają treści innych niż żądane przez zamawiającego, a określone bliżej w siwz. Na Budimexie Dromexie, ani też na żadnym innym uczestniku postępowania przetargowego nie ciążył obowiązek wykazywania lokalizacji wytwórni, nie już mówiąc o przedstawianiu tytułu prawnego do nieruchomości, na których miała ona być posadowiona. Dlatego też powyższy zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. Sąd Okręgowy ocenił jako bezzasadny.

W związku z powyższym nie sposób również podzielić zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. przez niewykluczenie wykonawcy nieposiadającego odpowiedniego potencjału technicznego do wykonania zadania. Należy w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że PDM nie kwestionował, iż Budimex Dromex posiada odpowiednią wytwórnię mas bitumicznych. Skarżący formułuje jednak ten zarzut w oparciu o podnoszone wcześniej okoliczności dotyczące lokalizacji wytwórni. Nie ulega wątpliwości, że czynnik ten stanowi jeden z elementów warunków podmiotowych warunkujących udział w przetargu. Potencjał techniczny Budimexu Dromexu został przez zamawiającego zweryfikowany w toku postępowania w sposób określony w ogłoszeniu i w siwz. Podnoszone przez PDM zarzuty w tym zakresie dotyczą ciągłości dowozu masy bitumicznej na teren budowy i utrzymania odpowiedniej temperatury masy, jak również braku zatrudnionego kierownika robót telekomunikacyjnych. Odnosnie ww. pracownika, to Budimex Dromex przedstawił zobowiązanie innego przedsiębiorcy, iż odpowiedni pracownik zostanie wykonawcy udostępniony. Potwierdza to jednoznacznie, iż pracownik taki będzie do dyspozycji wykonawcy na jego żądanie. Trasa dowozu masy bitumicznej na teren budowy, sprzęt jaki do tego celu zostanie użyty oraz ostateczna lokalizacja wytwórni (w obrębie wskazanym w ogłoszeniu o przetargu) pozostaje w gestii wykonawcy. Zamawiający określa w ogłoszeniu jedynie warunki techniczne i sprzętowe wymagane od podmiotów mogących się ubiegać o zamówienie publiczne. Jak już wcześniej wskazane zostało, to wykonawca dostępnymi sobie środkami w ramach wskazanych umową z podmiotem

udzielającym zamówienia wykonuje zadanie. Kwestie organizacji pracy oraz doboru sprzętu pozostają wyłączną domeną wykonawcy. Ani z ofert, ani z dołączanych do niej oświadczeń nie wynika dla wykonawcy zobowiązanie do wykonania zadania przy pomocy wskazanych tam narzędzi. Postępowanie w tym zakresie ma na celu jedynie wykazanie odpowiedniego do rodzaju zamawianych robót potencjału technicznego. Tym samym zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. pozostaje zdaniem Sądu Okręgowego bezzasadny.

Niezasadnym pozostaje również zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p., związany immanentnie z wyżej opisanymi zarzutami z art. 22 ust 1 pkt 2 i 24 ust 2 pkt 2 p.z.p. Stąd bezprzedmiotowym jest ponowne przytaczanie argumentów przemawiających za ich nieuwzględnieniem. Podnieść jedynie należy, iż oświadczenie stanowiące załącznik nr 7 do oferty Budimexu Dromexu miało zgodną z zapisami siwz formę i treść, a powyższy zarzut PDM spowodowany jest pomieszaniem przez

10

skarżącego pojęć niezgodności oferty z siwz i nieudokumentowaniem lub niewłaściwym udokumentowaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Rozróżnienie tych dwóch instytucji zostało szczegółowo opisane we wcześniejszych partiach uzasadnienia, przy uwagach dotyczących art. 44 p.z.p.

Wbrew twierdzeniom skarżącego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zawiera wszystkie elementy wskazane art. 192 ust 2 p.z.p. W uzasadnieniu wyroku opisano ustalony stan faktyczny z powołaniem dowodów, na których Izba oparła się procedując w sprawie, jak również wskazano i omówiono szczegółowo w pełnym zakresie przepisy prawne, które znalazły, bądź zdaniem skarżącego powinny być znaleźć w sprawie, zastosowanie.

Skarżący zarzucił również wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej, a przez to zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 p.z.p. przez nieprzestrzeganie w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców. Przejawem niestosowania wymienionych w przytoczonym przepisie zasad jest wybór oferty Budimexu Dromexu w sytuacji, gdy jego oferta powinna zostać odrzucona. Zamawiający zdaniem PDM powinien dążyć w postępowaniu do wyjaśnienia wszystkich aspektów złożonych przez wykonawców ofert, czego w odniesieniu do oferty Budimexu Dromexu, pomimo sygnalizacji ze strony skarżącego nie uczynił. Zarzuty dotyczące występujących zdaniem PDM przesłanek odrzucenia oferty zostały omówione i ocenione wyżej, stąd też nie ma potrzeby powtarzania przytoczonej tam argumentacji.

Ocena złożonych ofert odbywa się w oparciu o kryteria wskazane w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia publicznego z uwzględnieniem precyzujących te wymagania zapisów siwz. Na podstawie tych kryteriów zamawiający dobiera ofertę najkorzystniejszą, to jest taką, która najpełniej zaspokoi jego potrzeby związane z określonym zadaniem, zwracając uwagę, aby każdy z wykonawców spełniających kryteria był traktowany jednakowo. Kryterium wyboru oferty określonym przez zamawiającego była cena. Podkreślenia wymaga w tym miejscu fakt, iż instytucja zamówień publicznych stworzona m.in. została w celu zapewnienia jak najbardziej racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Na zamawiającym ciąży więc obowiązek nie tylko zgodnego z prawem przeprowadzenia postępowania, ale również wyłonienia w jego toku oferty takiego wykonawcy, który będzie dawał gwarancję prawidłowego wykonania umowy po jak najniższej cenie. Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, gdy wszyscy startujący w przetargu przedsiębiorcy spełniali określone przez zamawiającego warunki, podstawowym kryterium oceny złożonych ofert na realizację projektu „Przebudowa ulicy Reja w Suwałkach w ciągu drogi wojewódzkiej nr 655” była cena. Nie bez znaczenia dla tych kwestii pozostają realia makroekonomiczne

związane z ogólnościowym kryzysem finansowym. Zamawiający dysponując określonymi środkami publicznymi dąży do tego aby uzyskać jak najlepszą usługę w rozsądnej cenie. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu jako jedyne kryterium oceny ofert określił cenę. To właśnie cena miała mieć decydujące znaczenie przy wyborze oferty najkorzystniejszej. W każdym postępowaniu zamawiający, który ma najlepszą wiedzę o tym, co chce zamówić i jakie wymogi przedmiot zamówienia powinien spełniać, sam podejmuje decyzję o tym, jaka oferta będzie dla niego najkorzystniejsza. W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający wybrał najkorzystniejszą dla siebie ofertę spośród przedstawionych przez wykonawców, nie naruszając przy tym ani zasady równego traktowania, ani też zasad uczciwej konkurencji. Oferty skarżącego i zwycięzcy przetargu przedstawiała się odpowiednio - 32.734.597,45 zł brutto i 30.880.358,55 zł brutto. Na sfinansowanie inwestycji Gmina Miejska Suwałki zamierzała przeznaczyć 31.869.539,00 zł brutto. Oferta skarżącego przewyższała tym samym o około 865.058 złotych środki przeznaczone na inwestycję przez zamawiającego. Budimexowi Dromexowi przy przyjęciu kryterium ceny przyznana została maksymalna ilość punktów, jako premia za cenę najniższą. To ostatnie kryterium nie preferowało żadnego oferenta, ani też nie prowadziło do nierównego traktowania oferentów.

Wobec powyższego, uznając skargę za bezzasadną na podstawie art. 198 ust 2 p.z.p. Sąd orzekł jak sentencji (pkt 1 wyroku).

Sąd, mając na uwadze wynik postępowania o jego kosztach orzekł na podstawie art. 198 ust. 5 pzp.

O kosztach zastępstwa procesowego zamawiającego (pkt 2 wyroku) orzeczono na podstawie § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163 poz. 1349 ze zm.). Odnośnie kosztów zastępstwa procesowego uczestnika postępowania (pkt 3 wyroku) Sąd orzekł na podstawie § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 i § 2 ust 2 powołanego rozporządzenia.

**Na aryginak właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem**

świadczę

**up. Kierownika Sekretariatu
_ I Wydziału Cywilnego**