

Sygn. akt: KIO 2003/13

WYROK

z dnia 3 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agnieszka Trojanowska
Członkowie:	Bogdan Artymowicz
	Barbara Bettman
Protokolant:	Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 sierpnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez **wykonawcę Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Marii Curie - Skłodowskiej z siedzibą w Lublinie, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5**

przy udziale wykonawcy **INTERBUD-LUBLIN Spółki Akcyjnej z siedzibą w Lublinie, ul. Turystyczna 36** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2003/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, dokonać zaniechanej czynności odrzucenia oferty wykonawcy INTERBUD-LUBLIN Spółki Akcyjnej z siedzibą w Lublinie, ul. Turystyczna 36 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że zaoferowana płyta celulozowo-cementowa nie posiada właściwości, których wymagał zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia załączniku nr 1 do siwz pkt 5.10 oraz w dokumentacji projektowej tj. rysunkach nr 15A, 16A, 17A i detalu 9/IIID, gdyż nie posiada dwustronnego koloru z palety kolorów RAL 7047.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Marii Curie - Skłodowskiej z siedzibą w Lublinie, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5 i :**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A tytułem wpisu od odwołania,**

2.2 zasądza od **Uniwersytetu Marii Curie - Skłodowskiej z siedzibą w Lublinie, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5** na rzecz **Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A** kwotę 23 600 zł. 00 gr (słownie : dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych polegających na dokończeniu budowy Centrum Analityczno-Programowego dla Zaawansowanych Technologii Przyjaznych Środowisku w Lublinie w ramach projektu „Ecotech-Complex – Człowiek, środowisko, produkcja” zostało wszczęte przez zamawiającego Uniwersytet Marii Curie – Skłodowskiej w Lublinie, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2013r. za numerem 2013/S 098-167144.

W dniu 9 sierpnia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców faksem o wyniku postępowania i o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty Interbud – Lublin S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Turystyczna 36. Zamawiający wskazał jednocześnie, że punktacja po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej przedstawia się następująco:

Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162 A uzyskał 89, 33 pkt,

Konsorcjum firm: Best Construction Sp. z o.o. – lider konsorcjum z siedzibą w Rzeszowie, ul. M. Reja 12 i Karpat-Bud – partner konsorcjum z siedzibą w Rzeszowie, ul. M. Reja 12 uzyskało 87,45 pkt

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9 uzyskała 82,90 pkt.

W dniu 16 sierpnia 2013r. wykonawca Warbud SA z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A – dalej odwołujący wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, na dopuszczenie oferty wybranej do aukcji elektronicznej, na wybór tej oferty oraz na odmowę udostępnienia odwołującemu oświadczeń i dokumentów firmy Interbud- Lublin SA. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 sierpnia 2013r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS odwołującego i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 16 sierpnia 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów :

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 – dalej ustawy) przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,
2. art. 8, art. 96 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę wybranego,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że treść oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu jest niezgodna z treścią siwz,
4. art 89 ust 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

5. art 89 ust 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że zawiera rażąco niską cenę; ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy ze względu na zaniechanie czynności wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
6. art. 91b ust. 1 ustawy poprzez zaproszenie wykonawcy wybranego do udziału w aukcji pomimo, iż oferta tego wykonawcy winna być odrzucona,
7. naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu udostępnienia protokołu postępowania i wszystkich załączników do protokołu postępowania, unieważnienia czynności zaproszenia wykonawcy wybranego do aukcji, unieważnienie czynności uznania oferty wykonawcy wybranego za najkorzystniejszą, przeprowadzenie ponownego badania oferty wykonawcy wybranego wraz z ewentualnym wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie art. 90 ust. 1 ustawy, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego, uznanie oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą bez przeprowadzania ponownej aukcji, ewentualnie ponowne przeprowadzenie aukcji bez udziału wykonawcy wybranego.

Odwołujący wskazał, że pismem z 5 sierpnia 2013r. zamawiający poinformował odwołującego o zaproszeniu wykonawcy wybranego do udziału w aukcji, a informację o wyborze oferty wykonawcy wybranego zamawiający doręczył *via fax* w dniu 9 sierpnia 2013r. Termin zatem dla zaskarżenia obu czynności został zachowany, gdyż 15 sierpnia 2013r. był dniem ustawowo wolnym od pracy.

W uzasadnieniu podniósł, że jego zdaniem, to oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą. Nieprawidłowości popełnione przez zamawiającego wywołały min. ten skutek, że w aukcji uczestniczył wykonawca nieuprawniony a jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący już poniósł szkodę polegającą m.in. na poniesieniu kosztów udziału w postępowaniu i może ponieść szkodę znacząco większą polegającą na utracie zysków z realizacji zamówienia i możliwości uzyskania stosownego doświadczenia i referencji. Okoliczności te zostały wywołane naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Naruszenie to polegało w szczególności na tym, iż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowe zamówienie było już przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które uzyskało Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjnymu Budpol S.A. z siedzibą w Rzeszowie. O wyborze tej oferty zdecydowała wówczas tyleż niska, co nierealna cena zaproponowana za wykonanie tego skomplikowanego i (jak wynika z publikacji prasowych) ważnego dla zamawiającego obiektu. Cena była jedynym kryterium wyboru oferty. P.U.P. Budpol S.A. nie był w stanie wykonać umowy i w konsekwencji zamawiający odstąpił od umowy. Niewiarygodny odwołującemu wydaje się fakt, iż zamawiający

ponownie wybiera ofertę zawierającą nie tylko rażąco niską cenę, ale też ofertę niezgodną z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „siwz”) bezkrytycznie podchodząc do realnych kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący przedstawił kluczowe dla postępowania daty oraz ranking ofert przed i po aukcji elektronicznej. Odwołujący w dniu 8 sierpnia 2013r. zapoznał się z fragmentami korespondencji pomiędzy zamawiającym, a Interbud'em prowadzoną po złożeniu oferty. Zamawiający odmówił okazania wszystkich dokumentów stanowiących załącznik do protokołu ze względu na ochronę rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy wybranego.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania udostępnienia odwołującemu oświadczeń i dokumentów wykonawcy wybranego odwołujący podniósł, że wykonawca wybrany w piśmie z dnia 1 sierpnia 2013r. wskazał na stronie 3 *in fine* , iż kalkulacja ceny oferty (na dostawę i montaż elewacji zewnętrznych, w tym dostawa i montaż podkonstrukcji, płyt włókninowo-cementowych oraz fasad zewnętrznych i wewnętrznych) została dokonana na podstawie ofert *ogólnie dostępnych* oraz oferty firmy Fenestra. Odrębnym pismem z tej samej daty wykonawcy wskazał, oferta Fenestra sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2013r. stanowi tajemnicę handlową. Odwołujący chcąc zrealizować uprawnienie wynikające z art. 8 oraz art. 96 ust. 2 i 3 ustawy chciał zapoznać się z treścią tych dokumentów, jednak zamawiający ich nie udostępnił. W ocenie odwołującego brak jest podstaw do uznania, iż dokumenty złożone stanowiące załączniki do pisma z 1 sierpnia 2013r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy wybranego. Odwołujący wskazał na treść art. 8, a w szczególności na treść ust. 3 tegoż artykułu i podkreślił, że przepis ten określa termin graniczny dla złożenia oświadczenia o tajemnicy przedsiębiorstwa tj. termin składania ofert. Powołał treść art. 96 ust. 1 pkt 4 i 96 ust. 2 oraz art. 9 ust. 1 ustawy wskazując czym są załączniki do protokołu, jakie informacje w tym protokole się zamieszcza, oraz na konieczność sporządzania notatek służbowych z informacji uzyskanych w toku postępowania w innej formie niż pisemna. Wywiódł, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy jedynie oferty – art. 86 ust. 4 ustawy i art. 8 ust. 3 ustawy, jest możliwe gdy informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzeżenie zostało złożone najpóźniej w dniu upływu terminu składania ofert. Na podstawie powyższej argumentacji wyprowadził wniosek, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może dotyczyć innych załączników do protokołu postępowania, niż oferta, gdyż w odniesieniu do tych załączników nie przewidziano takiego wyjątku od zasady jawności jak dla oferty. Wskazał, że stosując wprost z mocy art. 14 ustawy art. 58 § 1 kc czynność zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie wykonawcy wybranego z dnia 1 sierpnia 2013r. jest nieważna. Wskazał, że również rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. nr 223 poz. 1458) nie przewiduje wyjątku od zasady jawności dokumentów składanych zamawiającemu po upływie terminu składania ofert. Odwołujący nie znalazł w okazanych mu dokumentach jakiegokolwiek

informacji, aby zamawiający weryfikował czynność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co świadczy w ocenie odwołującego o zaniechaniu przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany. Wskazał, że orzecznictwo KIO jest w tym zakresie jednolite oraz odwołał się do obszernych fragmentów uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005r. sygn. akt III CZP 74/05 podkreślając jednocześnie, że Sąd Najwyższy możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określił jako wyjątek od zasady jawności i wskazał, że skoro jest to wyjątek, to nie może być poddawany wykładni rozszerzającej. Podkreślił, że zamawiający zaniechał badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy, w szczególności pominął to, że zastrzeżenie nastąpiło z uchybieniem terminu wskazanego w art. 8 ust. 3 ustawy, a w konsekwencji bezzasadnie odmówił odwołującemu wglądu w dokumenty złożone przez wykonawcę wybranego po upływie terminu składania ofert.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz odwołujący wskazał na pkt 3 siwz określający przedmiot zamówienia, a w szczególności na pkt. 3.4. zezwalający na stosowanie zamienników wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia materiałów i urządzeń pod warunkiem, że będą nie gorsze niż określone w dokumentacji. Wskazał, że zamawiający wymagał kosztorysu ofertowego w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego – pkt 5a siwz. Zamawiający za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidział wynagrodzenie ryczałtowe - tak pkt 14 siwz i §2 wzoru umowy (tj. Załącznik nr 5 do siwz). W związku z powyższym cena oferty musi zawierać wszelkie koszty (...) wynikające wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. (...). Podniósł, że przyjęcie rozliczenia ryczałtowego nie zwalnia wykonawców od obowiązku skalkulowania ceny w sposób wynikający z pkt 14 siwz. Oferty byłyby nieporównywalne, gdyby wykonawcy kalkulując swe oferty odstąpili od danych zawartych w dokumentacji projektowo-kosztorysowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót tak co do ilości robót jak i rodzaju/gatunku materiałów przeznaczonych do wbudowania. W ocenie odwołującego wykonawca wybrany zaoferował materiały niezgodne z wymaganiami zamawiającego, a zatem treść oferty nie odpowiada treści siwz, co winno skutkować odrzuceniem oferty Interbud. Podniósł, że zarzut dotyczy płyt, z których ma być wykonana elewacja. Elewacja ma być wykonana z płyt włókno włóknowo-cementowych spełniająca jednocześnie wszystkie wymagania wskazane w:

- a) Odpowiedzi na pytania zadane na podstawie art. 38 ust. 1 pzp z dn. 17 czerwca 2013 - odp. Nr 5 str. 13 (płyty mają być barwione w masie a nie malowane na budowie),
- b) Odpowiedzi na pytania zadane na podstawie art. 38 ust. 1 pzp 17 czerwca 2013 - odp. Nr 11 str. 6 (wszystkie aplikacje z płyt włókno - cementowych mają być wycinane).

- c) Rys. architektury nr 15/A-18/A - określający m.in. podziały płyt, wymiary płyt, kolorystyka, perforacja, ekrany, „druga skóra”
- d) Detal 9/IIID - wzór perforacji dla drugiej skóry z uwagą, że płyty dla drugiej powłoki - mają być lakierowane dwustronnie a krawędzie otworów sfazowane dwustronnie.
- e) Opis do architektury str. 10 pkt. 5.10

Zamawiający potwierdził w piśmie z 17 czerwca 2013r., odpowiedź na pytania z 12 czerwca 2013r. odpowiedź na pytanie 5, strona 13, iż elewacja budynku ma być wykonana z płyt włóknowo-cementowych barwionych w masie (a więc u producenta, w procesie wytwarzania) co oznacza m.in. że kolor tej płyty jest jednorodny i taki sam na zewnątrz tej płyty jak i wewnątrz. Cecha ta jest w okolicznościach sprawy istotna, gdyż w płytach będą wycinane napisy i aplikacje. W przypadku płyt perforowanych tzw. „drugiej skóry” płyty muszą być barwione w masie i lakierowane obustronnie. Odwołujący dodał, iż w postępowaniu z 2011r. zamawiający dopuszczał płyty malowane na budowie, co jest rozwiązaniem tańszym. Jak się odwołującemu wydaje, wykonawca wybrany nie uwzględnił tej okoliczności w swojej ofercie. Ponadto, zgodnie z projektem płyty muszą mieć określony przez projektanta i wskazany w dokumentacji kolor (wedle pantonu RAL). Podsumowując:

- a) zewnętrzne okładziny mają być wykonane z płyt włóknowo- cementowych,
- b) płyty cementowo-włókno we mają być barwione w masie,
- c) płyty mają mieć określone kolory RAL .

Ponieważ zamawiający wymagał wycinania płyt (wzory), a podczas wbudowywania koniecznym jest dopasowanie płyt i ich docinanie, to utrzymanie jednolitego koloru jest istotne ze względów estetycznych. Wykonawca nie zastosował tego systemu i zaoferował tańsze płyty, które nie są barwione w masie i choć (co oczywiste) mogą być malowane, to nie zapewniają jednolitego koloru elewacji (różnice w chłonięciu farby, a w późniejszym okresie blaknięcie zależne np. od nasłonecznienia/zacienienia) a wszelkie uszkodzenia i cięcia technologiczne są wyraźnie widoczne. Przede wszystkim, technologia ta - malowanie - nie jest dopuszczona do zastosowania przez zamawiającego.

Wykonawca wybrany jednoznacznie określił, jakie płyty włóknowo-cementowe zaoferował i wycenił w wyjaśnieniach dotyczących treści jego oferty - *vide* pismo Interbud z dnia 1 sierpnia 2013r. W przywołanym piśmie wykazano, iż zastosowane będą płyty Cembrit (producent) - informacja ta zawarta jest w Tabeli 2 Kalkulacja ceny jednostkowej płyt włóknowo - cementowych (łącznie 4293,1 m za 854 492,73 zł. Płyty Cembrit, według odwołującego, nie spełniają wymagań określonych w siwz oraz dokumentacji projektowo-kosztorysowej jak i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Cembrit to nazwa producenta i jednocześnie nazwa systemu.

- a) Cembrit dysponuje w stałej ofercie płytami barwionymi w masie i lakierowane w 16 kolorach (płyty serii Zenit). Żaden z kolorów oferowanych przez Cembrit nie jest zgodny z wymaganiami postawionymi w dokumentacji technicznej. Producent na specjalne zamówienie jest dostępny także w innych kolorach (ale nie wszystkich) z palety NCS-S (a więc innych niż wymagana paleta kolorów RAL) i jedynie w połączeniu z jedną 9 płyt bazowych. Projektant wskazał jaki kolor mają mieć płyty, a odstępstwo od tych kolorów i zastosowanie innych wymaga uprzedniej zmiany obecnie istniejącego projektu. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, nie został spełniony wymóg pkt 14 siwz nakazujący podanie wszelkich kosztów wynikających z dokumentacji projektowo-kosztorysowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, gdyż podane ceny nie dotyczą płyty wymaganej w siwz.
- b) Cembrit na zamówienie klienta może wytworzyć surowe płyty barwione w masie i nielakierowane dostępne w 11 kolorach. Jednak Cembrit nie stosuje kolorów RAL, a zatem kolory zawsze będą inne niż wymagany panton RAL - co w rezultacie daje efekty całkiem odległe od projektowanych kolorów.
- c) Brak możliwości dostarczenia płyt w wymaganym kolorze jest istotną okolicznością, bowiem ilość tych płyt jest niebagatelna i wynosi:
- RAL 7004 - ilość płyt potrzebna do wykonania zamówienia: 758 m
 - RAL 7045 - ilość płyt potrzebna do wykonania zamówienia: 535 m
 - RAL 7047 - ilość płyt potrzebna do wykonania zamówienia: 2524 m
 - RAL 3020 - ilość płyt potrzebna do wykonania zamówienia: 38 m
 - RAL 6018 - ilość płyt potrzebna do wykonania zamówienia: 87 m
 - RAL 2008 ilość płyt potrzebna do wykonania zamówienia: 80 m
 - RAL 1003 ilość płyt potrzebna do wykonania zamówienia: 85 m

Gdyby pominąć niezgodność kolorów zaoferowanych z wymaganymi i nawet jeśli pominąć zastosowanie płyt malowanych, to w efekcie elewacja będzie wykonana z płyt o różnej strukturze: tj. barwionej w masie (z widocznymi włóknami) i malowanej (gładka). Konsekwencją tego stanu rzeczy będzie to, że na tej samej elewacji zamontowane zostaną płyty o różnych „wykończeniach” dające różne efekty wizualne -jedna surowa z widocznymi włóknami, a druga gładka ze względu na malowanie.

Dokumentacja techniczna przewiduje rozwiązanie z jednolitym wykończeniem wynikającym z zastosowania płyty barwionej w masie, czyli z widocznymi włóknami. Wykonawca wybrany zatem w ocenie odwołującego zaoferował rozwiązanie niezgodne z wymogiem pkt 14 siwz, gdyż jego oferta nie zapewnia jednolitej struktury płyt i kolorów, co wynika z dokumentacji a zatem nie został nie został spełniony wymóg pkt 14 siwz. Płyty stanowiące tzw. „drugą powłokę” mają być barwione w masie oraz dodatkowo lakierowane dwustronnie - tak, aby z

obydwo stron uzyskać taki sam efekt kolorystyczny i fakturę. Ceberit, jak już wcześniej wskazano produkuje płyty serii Zenit barwione w masie ale o innych niż wymagane kolorach. Płyt Ceberit nie można wykorzystać także dla „drugiej powłoki” gdyż, wedle wiedzy odwołującego, płyty serii Zenit są płytami jednostronnymi i nie uda się uzyskać efektu jednakowej barwy na obydwu powierzchniach ze względu na różną fakturę. Dodatkowo płyty Zenit i Cembonit mają z tyłu nadruki z nazwą producenta - co dyskwalifikuje je do zastosowania dwustronnego - gdyż nadruk będzie widoczny zawsze - i nie można go usunąć.

Zdaniem odwołującego, materiałów zaproponowanych przez wykonawcę wybranego nie można uznać za równoważne -co zostało wyżej wykazane, gdyż zaoferowane parametry są gorsze niż opisane w siwz. Zamawiający, zgodnie z pkt 3.4. siwz, był zobowiązany do dokonania oceny równoważności na podstawie opinii nadzoru inwestorskiego i autora dokumentacji technicznej (projektanta). Opinie takie nie zostały udostępnione odwołującemu. Uznać należy, że opinie nie zostały sporządzone a zatem nie można uznać zaoferowanych materiałów za równoważne tym, które są opisane w dokumentacji technicznej. Przemawiają za tym przesłanki materialne wykazane wyżej (brak cech opisanych w dokumentacji technicznej) i formalne brak akceptujących opinii projektanta i osób sprawujących nadzór inwestorski.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że Interbud zaoferował materiały niezgodne z zamówieniem, co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 pzp

Odwołujący podniósł także, iż złożenie oferty przez wykonawcę wybranego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw: z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.).

Jak wykazano wcześniej Interbud zaoferował płyty elewacyjne niezgodne z wymaganiami siwz. Jednocześnie w piśmie z dnia 1 sierpnia 2013r. wyraźnie wskazał, iż jest to działanie zamierzone i świadome. Jedyłą - jak się wydaje korzyścią - zastosowania płyt elewacyjnych niezgodnych z siwz jest obniżenie kosztów zakupu i realizacji zamówienia. Świadome zastosowanie technologii odmiennej niż wymagana w celu obniżenia ceny jest czynem nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy wybranego. Potwierdzeniem stanowiska odwołującego jest analiza cenowa - porównanie ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w zakresie elewacji.

Cena wykonania elewacji dla każdej z ofert wynosi:

- Interbud cena wykonania elewacji wynosi 891.871,16 zł
- Skanska cena wykonania elewacji wynosi 3.030.189,69 zł,
- Warbud cena wykonania elewacji wynosi 3.156.756,06 zł,
- Konsorcjum Best Construction cena wykonania elewacji wynosi 3.571.951,10 zł

Odwołujący wskazał, że ceny wykonania elewacji podane przez Interbud w sposób znaczący odbiegają od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, są nierealne, a ich podanie świadczy o zaoferowaniu usług poniżej kosztów własnych.

Co więcej, z okoliczności sprawy wynika, że działanie wykonawcy wybranego ma na celu eliminację uczciwej konkurencji - wykonawców, którzy rzetelnie skalkulowali oferty i zaoferowali ceny, które są adekwatne do zakresu przedmiotowych prac, jak i kosztów ich poniesienia. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 211), tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r. (Dz.U. Nr 153, poz. 1503), czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli narusza interes innego przedsiębiorcy. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż zaoferowanie przez wykonawcę wybranego rażąco niskiej ceny za realizację elementu przedmiotu zamówienia, jakim jest elewacja stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedstawione powyżej stanowisko potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. *„Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in., że czynem nieuczciwej konkurencji: *Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub*

wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

W okolicznościach niniejszej sprawy odwołujący uważa, że należy wskazać, obniżenie ceny elewacji Interbud uzyskał poprzez zaoferowanie materiałów niezgodnych z wymaganiami siwz – działanie takie w ocenie odwołującego, nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji. Zastosowanie przez zamawiającego kryterium ceny, jako jedyne kryterium wyboru oferty zmusiło wykonawców do szczególnie starannej kalkulacji oferty i poszukiwaniu konkurencyjnych dostawców. Działanie takie jest korzystne dla zamawiającego tylko wtedy, gdy wykonawcy „przestrzegają zasad gry”, czyli konkurują ceną ale nie kosztem jakości. Jakość została przez zamawiającego narzucona poprzez obowiązującą dokumentację techniczną. Interbud nie zastosował się do wymagań dokumentacji technicznej i dzięki temu, obniżając jakość obniżył też cenę - są to środki nieznajdujące usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, a zatem oferta powinna być odrzucona jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej będzie zawarta umowa o roboty budowlane a więc - zgodnie z art. 647 k.c. - wykonawca ma obowiązek oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Jeżeli -jak to wcześniej wykazano – oferta nie jest zgodna z projektem, to jednocześnie nie jest zgodna z siwz, która takiej zgodności wymagała *vide* pkt. 14 siwz. Wzór umowy stanowiący załącznik 5 do siwz wskazuje w §1 ust. 2 iż: Opis przedmiotu zamówienia określa załączona do niniejszej umowy dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz oferta przetargowa wykonawcy. Jednocześnie §2 ust. 4 wzoru umowy przewiduje możliwość rezygnacji z wykonywania pewnych robót (roboty zaniechane) - w takim przypadku wynagrodzenie będzie pomniejszone o wartość wskazaną w harmonogramie terminowo-finansowym (który jest wszak pochodną kosztorysu ofertowego) albo na podstawie ustalenia, przez zamawiającego i wykonawcę, cen robót budowlanych zawartych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy. Jeżeli zatem Zamawiający chciałby zrezygnować z wykonywania kosztownej elewacji z płyt, to:

- wynagrodzenie Interbudu może być zmniejszone maksymalnie o kwotę 891.871,16 zł
- wynagrodzenie Warbud może być zmniejszone maksymalnie o kwotę 3.156.756,06zł, a zatem o kwotę trzyipółkrotnie większą.

Powyższe wyliczenie wskazuje, iż zgodnie z warunkami przetargu:

- ryczałt może ulec zmianie,

- kosztorys ofertowy *de facto* ma wpływ na ustalenie wynagrodzenia wykonawcy zamówienia,
- obniżenie ceny nawet jednego elementu wykonania robót ma i może mieć wpływ na koszty realizacji umowy.

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną i samodzielnie przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.:

Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07 oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0 - 3740/05. Zdaniem odwołującego działanie Interbud wyczerpuje również przesłanki działania sprzecznego z dobrymi obyczajami kupieckimi, które narusza interesy odwołującego (por. art. 3 ust. 1 uznk). Manipulacja cenami jednostkowymi ma decydujący wpływ na całą cenę oferty, a w konsekwencji pozycję w rankingu wykonawców (zwłaszcza, że zamawiający po raz kolejny zdecydował, że cena będzie jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej).

Złożenie oferty przez wykonawcę wybranego, w której dopuszczono się manipulacji cenowej i zaoferowano ceny dumpingowe stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Ponadto odwołujący podniósł, że oferta wybrana zawiera rażąco niską cenę wykonania zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem tej oferty.

Wykonawcy zaproponowali początkowo następujące ceny (brutto z podatkiem VAT) za wykonanie zamówienia:

- Interbud: 47 323 946,35 zł,
- Warbud: 52 763 813,07 zł,
- Konsorcjum Best Construction: 53 732 955,09 zł,
- Skanska 56 677 541,51 zł

W czasie aukcji tylko wykonawca wybrany i odwołujący dokonali postępień, wskutek czego ich cena uległa obniżeniu, po aukcji ceny przedstawiają się następująco:

- Interbud: 46 988 946,35 zł,
- Warbud: 52 600 000 zł
- Konsorcjum: Best Construction: 53 732 955,09 zł,
- Skanska: 56 677 541,51 zł

Aktualnie rynek budowlany jest w stanie recesji. Firmy budowlane nie kalkulują dużych zysków (np. Interbud wskazał 2% marżę) i dążą do obniżenia cen oferowanych w toku przetargu, a ich istotne obniżenie jest niemożliwe. Dowodem na to jest fakt braku postępień w toku aukcji ze strony Skanska i Konsorcjum Best Construction. Dlatego zaoferowanie ceny niższej od ofert

konkurencyjnych o -10% musi być uznane za zaoferowanie ceny rażąco niskiej. W okolicznościach niniejszej sprawy analiza kosztorysów Warbudu, Skanska i Konsorcjum Best Construction potwierdza skrupulatną i podobną ocenę kosztów realizacji zamówienia. Interbud zaoferował wykonanie zamówienia za cenę która bez zmian w zakresie lub sposobie wykonania zamówienia nie daje gwarancji zrealizowania umowy. W tych okolicznościach zamawiający winien wezwać wykonawcę wybranego do wyjaśnień zgodnie z art. 90 ustawy - jednak wezwanie takie *in concreto* nie zostało złożone. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia kwestii związanych z ceną na podstawie art 87 ust. 1, a Interbud udzielił żądanych wyjaśnień. W ocenie odwołującego, pomimo innej podstawy prawnej pytania (art 87 ust. 1 pzp zamiast 90 ust. 1 pzp) odpowiedzi Interbudu odnoszą się do elementów mających wpływ na wysokość ceny a zatem z materialnoprawnego punktu widzenia przepis art 90 ust. 1 nie został naruszony (dlatego w petitum wskazano żądanie ewentualne).

W wyjaśnieniach z 1 sierpnia 2013r. wykonawca wybrany dowodzi, że swoją cenę zbudował w oparciu o cenę oferty złożonej w 2011 roku oraz m.in. ofertę firmy Fenster w zakresie prac elewacyjnych. Oświadczenie takie tłumaczy wykazywaną wcześniej niezgodność zaoferowanych materiałów elewacyjnych z wymaganiami aktualnie obowiązującej siwz. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż postępowanie przetargowe z 2011r. Zostało zakończone i odpowiedzi na pytania w nim udzielone nie dotyczą niniejszego postępowania (tak odpowiedź na pytanie nr 1 z 12 czerwca 2013r. strona 12/13) - w 2011r. płyty elewacyjne malowane (a nie barwione w masie) były dopuszczone do wbudowania *vide* odpowiedź na pytanie nr 5 z 12 czerwca 2013r. strona 13. Argumentacja wykonawcy wybranego nie uwzględnia innych niż w 2011r. warunków mających wpływ na wycenę :

Zamawiający określił termin wykonania zadania na 12 m-cy od daty podpisania umowy tj. od września 2013 roku. Kluczowymi etapami prac do wykonania jeszcze w tym roku są roboty stanu surowego wraz z wykonaniem dachów, na które należy przeznaczyć czas do końca listopada 2013, gdyż później z uwagi na niskie temperatury zimowe nie ma możliwości wykonywania pokrycia dachu. Jeżeli tego etapu prac nie skończy się przed zimą to będzie to możliwe dopiero na wiosnę w miesiącach marzec-kwiecień w zależności od wartości temperatur. Wtedy jest już za późno na wykonanie pozostałych prac wykończeniowych i dotrzymanie terminu umownego. Co więcej Zamawiający ma tego świadomość gdyż określił etap zakończenia stanu surowego jednym z kamieni milowych kontraktu. Oznacza to, wykonywanie prac stanu surowego w bardzo krótkim terminie ok. 2,5 m-ca , pracę wielozmianową pod dużą presją czasu, przy bardzo dużej mobilizacji sił i sprzętu, co przekłada się na inną kalkulację kosztów wykonania stanu surowego niż w przypadku postępowania z 2011 roku. W konsekwencji koszt „wejścia" jest wysoki, a wykonawca musi zaangażować środki własne, gdyż zgodnie z §3 wzoru umowy (załącznik nr 5 do siwz) płatność będą dokonywane za ukończone elementy robót.

W zakresie zamówienia jest wiele nietypowych elementów obiektu - tak jak np. elewacja wykonywana z płyt włóknowo-cementowych (jeden z najdroższych i najtrudniejszych elementów tej inwestycji). Cena takich płyt jest uzależniona od kursu euro (brak polskich producentów). Przykładowo, zaoferowane przez Interbud płyty Cembrit są wykonywane w Finlandii. Kurs euro na dzień 07 lipca 2011 wynosił 3,9498 zł a na dzień 11 lipca 2013 (dzień składania ofert) cena euro wynosiła 4,3345zł czyli wzrosło ok. 10%. Podobnie podrożały ceny paliw, a co za tym idzie koszty transportu. Warto w tym miejscu podkreślić charakter obiektu i nietypowość zastosowanych rozwiązań - szczególnie elementów wykończeniowych. W takim przypadku trudno posługiwać się wskaźnikiem wzrostu (spadku) cen produkcji budowlano-montażowej podawaną przez GUS, gdyż: znaczna część robót bazuje na indywidualnych cenach robocizny nietypowych elementów takich np. jak elewacja oraz zmiany cen materiałów niestandardowych - np. płyty włóknowo-cementowe barwione w masie na określone w siwz kolory - nie są uwzględniane w statystykach - gdyż, ze względu na brak polskich producentów zamówienie takie można zrealizować tylko w zagranicznych zakładach produkcyjnych z uwzględnieniem obecnych warunków handlowych. Ponadto, pewne elementy robót zostały źle wykonane przez poprzedniego wykonawcę, tj. Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne Budpol S.A. z siedzibą w Rzeszowie i wymagają obecnie poprawek co jest bardziej czasochłonne i kosztowne niż wykonanie robót „od początku” - np najbardziej charakterystyczne:

jedna ze ścian nośnych budynku o dł. ponad 80 mb jest odchylona od pionu o kilka cm, ściany klatek schodowych miały być wykonane w betonie architektonicznym a nie są i obecnie wymagają środków naprawczych,

istnieje konieczność wymiany warstwy gruntu do zasypek w garażu -gdzie poprzedni wykonawca nie uzyskał wymaganych stopni zagęszczenia gruntu i w związku z tym konieczna jest całościowa wymiana tego gruntu.

Za nierzetelną należy uznać kalkulację ceny jednostkowej wykonania elewacji z płyt włóknowo cementowej. Interbudu w swych wyjaśnieniach z 1 sierpnia 2013r. podaje następująca kalkulację (str. 26 wyjaśnień z 1 sierpnia 2013r.):

- a. płyta Cembrit - dostawa materiału - 95 zł/m²
- b. formatowanie i wyczyszczenie płyt wg projektu - 35 zł/ m²
- c. montaż za pomocą nitów - 30 zł/m²
- d. wełna mineralna gr. 15 cm -dostawa i montaż - 35,14 zł/m²
- e. zysk 2% 3,90 zł
- f. razem daje to cenę 199,04 zł/ m²

Faktyczne, zdaniem odwołującego, ceny są znacznie wyższe. Koszt wykonania tej konkretnej elewacji w technologii i materiałach wskazanych w dokumentacji przetargowej kalkuluje się następująco:

plyt cementowo-włóknowa - dostawa materiału barwionego w masie na zadany kolor RAL przy uwzględnieniu do 40% odpadu płyty i jej indywidualnej kolorystyki - cena płyty waha się w granicach: 166,25- 220,50 zł/m² płyty gotowej do wbudowania,

systemowy ruszt: 120 zł/ m² (tę pozycję pominął Interbud w swojej wycenie co dodatkowo stanowi podstawę do uznania treści oferty za niezgodną z treścią siwz i winno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy),

wełna mineralna gr. 15 cm -dostawa i montaż - 50zł/m²

montaż za pomocą nitów - 30 zł/m²

montaż elewacji - 130 zł/m²

zysk 2% 9,92 - 11,01 zł/m²

razem daje to cenę nie niższą niż: 506,17 - 561,51 zł/m²

Dodatkowo należy uwzględnić, iż powyżej przedstawiono wycenę płyty barwionej jednostronnej i gładkiej (nieperforowanej) - w przypadku perforacji czy tzw. „drugiej skóry” obustronnie barwionej koszt dodatkowo wzrasta.

Obecna sytuacja jest podobna do stanu w 2011r. (co zostało już zasygnalizowane w pkt I uzasadnienia odwołania). Dwa lata temu: przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne Budpol S.A. z siedzibą w Rzeszowie złożyło najkorzystniejszą ofertę, która odbiegała od pozostałych ofert o -12%, na drugim miejscu znalazła się oferta Warbudu, który zaoferował najniższą spośród pozostałych, zbliżonych do siebie cen. W trakcie prowadzenia prac okazało się, że firma P.U.P Budpol S.A. nie jest w stanie za określoną kwotę zrealizować zadania i z przyczyn finansowych oraz przekroczenia terminów realizacji zamawiający odstąpił od umowy. Obecnie: firma Interbud złożyła ofertę, do której żadna z pozostałych firm nie była w stanie nawet się zbliżyć, Warbud i pozostali wykonawcy mają zbliżone, wyższe niż Interbud ceny W ocenie odwołującego cena oferty Interbud jest rażąco niska, nierealna i nie gwarantuje wykonania zamówienia, a zatem oferta Interbud winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Co do zarzutu niezasadnego dopuszczenie Interbud do aukcji i brak konieczności powtórzenia aukcji, to odwołujący podniósł, że jak już wskazano, zamawiający przeprowadził aukcję z udziałem Interbudu, Warbudu, Konsorcjum Best Construction sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie i Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca wybrany nie powinien być zaproszony do aukcji, gdyż - jak to wyżej wywiedziono - jego oferta podlega odrzuceniu. Tym samym czynność zaproszenia Interbud do aukcji jest sprzeczna z prawem i narusza dyspozycje art. 91b ust. 1 ustawy. Także w tym przypadku należy odwołać się do postanowień kodeksu cywilnego. Ponieważ do postępowania o zamówienie publiczne stosuje się przepisy k.c. (*vide*: art. 14 ustawy), to w opisanej sytuacji zastosowanie będzie miał art. 58§1 i §3 kc. Ze względu na to, iż zgodnie z art. 58 §3 k.c. jeżeli nieważnością dotknięta jest tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do

pozostałych części, a zatem nie jest koniecznym powtarzanie całej aukcji, skoro odwołujący, Konsorcjum Best Construction i Skanska S.A. miały prawo w niej uczestniczyć, a zatem powtórzenie aukcji *ab initio* jest zbędne. W przeciwnym wypadku (zarzut ewentualny) wezwanie do aukcji i samą aukcję należy powtórzyć - bez udziału Interbudu - co jednak byłoby niezgodne z zasadą ekonomii procesowej.

W dniu 19 sierpnia 2013r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22 sierpnia 2013r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił „INTERBUD-LUBLIN” Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Turystyczna 36 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta jest ważna i została wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może narazić przystępującego na poniesienie szkody majątkowej w postaci utraty zamówienia publicznego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 sierpnia 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu faksem, a odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 21 sierpnia 2013r. na dowód czego załączono zwrotne potwierdzenia.

W uzasadnieniu przystąpienia wskazał, że przed dokonaniem wyboru, zamawiający wezwał przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym wyjaśnienia zakresu i sposobu wyceny robót ze szczególnym uwzględnieniem wyceny robót elewacyjnych. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący złożył szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi, że zaoferowana cena jest realna rynkowo oraz uwzględnia cały zakres zamówienia. Jako dowód wskazał pismo zamawiającego z dnia 29 lipca 2013r. i pismo INTERBUD LUBLIN SA z dnia 01 sierpnia 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzuty te są bezpodstawne i nie udowodnione (art. 6 kc). Oparte na nadinterpretacji zdarzeń, są jedynie wyrazem indywidualnej oceny ofert dokonanej przez odwołującego. W wielu miejscach uzasadnienie zarzutów ma charakter pomówienia przystępującego o działania niezgodne z prawem i przystępujący zgłasza stanowczy sprzeciw przeciw takiej formie korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianej w ustawie.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania przystępujący podniósł, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia oferty Fenestra Sp. o.o. z dnia 1 lipca 2013r., to przystępujący nie kwestionuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (art. 8 ust. 1 ustawy), a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się

informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp tj. nazwy (firmy) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Przepis ten jest jasny i nie wymaga komentarza. Należy jednak zwrócić uwagę, że podany w art. 8 ust. 3 Pzp termin zastrzeżenia (nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) dotyczy informacji zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie dotyczy sytuacji, w których wykonawca w toku postępowania udziela odpowiedzi, wyjaśnień lub informacji na wezwanie zamawiającego. W tym bowiem czasie oferty są już złożone. Wykonawca nie ma obowiązku zastrzegania w ofercie hipotetycznie, tak na wszelki wypadek, bliżej nie znanych informacji i dokumentów, które być może trzeba będzie złożyć na wezwanie zamawiającego w toku postępowania. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy nie wprowadza zakazu zastrzegania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na etapie udzielania wyjaśnień, jeżeli udzielana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Praktyka stosowania ustawy potwierdza taką możliwość, zastrzeganie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na etapie udzielania wyjaśnień treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy) lub wyjaśnień ceny oferty (art. 90 ust. 1 ustawy) jest powszechnie stosowane przez wykonawców. W takim przypadku zamawiający nie mogą - bez narażenia się na odpowiedzialność z ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz U Nr 47 poz. 211) - ujawniać informacji, które z woli wykonawcy są zastrzeżone i mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ww. ustawy. W ocenie przystępującego nie ulega żadnej wątpliwości, że dane o stosowanych upustach cenowych, udzielonych rabatach czy inne informacje o kalkulacji ceny towaru wynegocjowane przez wykonawcę z dostawcą/podwykonawcą/kooperantem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Niebezpieczeństwo wykorzystania tych informacji w ramach konkurencji rynkowej uniemożliwia udostępnienie takich informacji innym podmiotom. Odwołujący nie kwestionuje, że dane zawarte w ofercie Fenestra Sp. o.o. zawierają informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarzuca jedynie, że zamawiający nie zbadał charakteru zastrzeżonych informacji i winien odtajnić ww. dokument. Zarzut ten jest bezpodstawny i nie uzasadnia go uchwała SN III CZP 74/05 gdyż dotyczyła ona innego zagadnienia i nie ma zastosowania w nin. sprawie (cyt. Sąd Najwyższy po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 21 października 2005 r., zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Warszawie, postanowieniem z dnia 31 maja 2005 r., sygn. akt V Ca 3143/04: "Czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający uprawniony jest do badania

zasadności dokonanego przez oferenta - w trybie art. 96 ust. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177), zastrzeżenia informacji potwierdzających spełnienie przez niego warunków wymaganych specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a w przypadku pozytywnego w tym względzie rozstrzygnięcia: Czy konsekwencją stwierdzenia bezzasadności takiego zastrzeżenia powinno być odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 wymienionej na wstępie ustawy?" podjął uchwałę: W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 z późn. zm.), - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.).

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2) przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz; to treść oferty przystępującego jest w pełni zgodna z wymaganiami siwz. Zastosowane materiały odpowiadają parametrom określonym w specyfikacjach technicznych i dotyczy to również zaoferowanych płyt elewacyjnych. Dokumentacja przetargowa nie określa marki referencyjnej płyt, z których ma być wykonana elewacja, w związku z tym, zaproponowana przez przystępującego marka płyt nie narusza zapisu punktu 3.4. siwz przytoczonego w odwołaniu. Odwołujący powołuje się na zapisy dotyczące rozwiązań równoważnych, natomiast w żadnym punkcie dokumentacji przetargowej (dokumentacja techniczna, przedmiary, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru) zamawiający nie przytoczył marek referencyjnych lub przykładowych producentów. W dokumentacji znajdują się tylko zapisy o typie płyt zastosowanych na elewacji, np. rysunki detali np. rys. 1/IIID, 2/IIID, 3/IIID, 4/IIID, 5/IIID (oraz inne) gdzie wskazano, że mają to być płyty włókno-cementowe gr. 8 mm. Dodatkowo w formie odpowiedzi z dnia 17 czerwca 2013r (odp. Nr 5 str. 13) na pytania wykonawców zamawiający uściślił, że płyty te mają być barwione w masie, a nie malowane na budowie. Takie też płyty przystępujący przewidział do zastosowania w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji - a nie jak sugeruje odwołujący „malowane na budowie”. Nie zaszły więc przesłanki złożenia oferty równoważnej, a treść oferty INTERBUD w pełni odpowiada treści siwz. INTERBUD zastosował płyty włókno-cementowe barwione w masie prod. CEMBRIT. Zastosowany materiał spełnia wymagania normy PN-EN 12467 Płyty płaskie włóknisto-cementowe - Charakterystyka wyrobu i metody badań, co jednoznacznie klasyfikuje wyrób jak płyta włókno-cementowa. Płyty są lakierowane fabrycznie w kolorach odpowiadających podanym w dokumentacji kolorom RAL. Barwienie w masie rdzenia płyty ze względu na strukturę materiału, którym jest cement i włókna celulozowe nie jest osiągalne w kolorach RAL lub NCS S, dlatego producenci wytwarzają płyty w kilku - kilkunastu podstawowych odcieniach

rdzenia płyty barwionego w masie i nakładają powłokę lakierniczą w szerokiej gamie kolorystycznej właśnie w , co zabezpiecza dodatkowo płytę przed wpływem warunków atmosferycznych. Paleta barw NCS S stosowana przez prod. CEMBRIT jest dużo szersza niż paleta barw RAL, bo zawiera ok. 900 odcieni. Kolory te są równoważne lub zbliżone do zastosowanych w dokumentacji przetargowej. Posługując się np. dokumentem "NCS - Natural Color System, Translation Key", wydanym przez Scandinavian Colour Institute AB, można dobrać kolory NCS S odpowiadające kolorom RAL. Takie zestawienia dostępne są na stronach internetowych, a także we wzornikach systemu RAL. Producent płyt Cembrit wykona płytę w kolorze wg zlecenia i nie będzie koniecznym wykonanie uprzedniej zmiany projektu, ze względu na całkowitą zbieżność kolorów.

Przytoczone stwierdzenie odwołującego , że "(...) kolor tej płyty jest jednorodny i taki sam na zewnątrz tej płyty jak i wewnątrz" nie występuje w dokumentacji przetargowej, a zatem nie może stanowić przyjętego rozwiązania projektowego lub obowiązującego parametru materiału.

Stwierdzenie w odwołaniu na str. 10 "Interbud zaoferował rozwiązanie niezgodne z wymogiem pkt 14 siwz, gdyż jego oferta nie zapewnia jednolitej struktury płyt i kolorów, co wynika z dokumentacji (...)" jest nieprawdziwe, gdyż dokumentacja przetargowa nie określa sposobu wykończenia płyt, jako "jednolita struktura i kolor".

Także zapis na str. 10 odwołania, że "dokumentacja techniczna przewiduje rozwiązanie z jednolitym wykończeniem wynikającym z zastosowania płyty barwionej w masie, czyli z widocznymi włóknami jest tylko interpretacją odwołującego, gdyż w żadnym miejscu dokumentacji technicznej takie zapisy nie widnieją. Także w odpowiedziach zamawiający nie wykluczył stosowania płyt barwionych w masie z powłoką lakierniczą.

W dokumentacji nie ma także zapisu, że powłoka lakiernicza z obu stron ma mieć taki sam kolor Płyty Cembrit ZENIT posiadają z jednej strony powłokę lakierniczą gładką w wybranym kolorze, która spełnia wymogi zabezpieczenia przed wpływami atmosferycznymi oraz spełniająca wymogi kolorystyczne i estetyczne. Natomiast druga strona jest także lakierowana w celu zabezpieczenia przed wpływami atmosferycznymi, a przez tę powłokę widoczna jest kolorystyka płyty barwionej w masie, co spełni wymóg Zamawiającego odnośnie płyt tzw.. "drugiej skóry" zgodnie z detalem 9/IIID. Powyższe, zdaniem przystępującego, dowodzi, że zastosowane przez przystępującego płyty spełniają wymogi siwz.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to do ww. zarzutu opartego na hipotetycznych rozważaniach, sugestiach lub wyobraźni odwołującego trudno się ustosunkować. Przystępujący wskazał, że zaoferowana przez niego cena jest realna rynkowo, uwzględnia cały zakres zamówienia, a w cenie uwzględniony jest zysk wykonawcy. Wszyscy wykonawcy uczestniczyli w postępowaniu na takich samych zasadach, mieli swobodę kalkulacji ceny oferty i dokonywania postąpień. Cena oferty przystępującego jest o 10 % niższa od ceny oferty

odwołującego, a więc nie utrudni dostępu do rynku. Rozważania odwołującego, że przystępujący obniży jakość wykonywanych robót, albo że zamawiający może zrezygnować z płyt są abstrakcyjne i nie mają żadnego znaczenia dla odwołania. Zarzut odwołującego o "manipulacji cen" ma już charakter pomówienia i wykracza poza kanony etyki w biznesie. Wszystkie te zarzuty są nie udowodnione (art. 6 kc), gołosłowne i oderwane od realiów sprawy. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę przystępujący stwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i stwierdzenie odwołującego, że za taką "musi być uznana" wynika z nieznamośności cen na rynku usług budowlanych lub nieznamośności zasad ustalania "czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia" (art. 90 ust. 1 Pzp).

Analiza wartości oferty nie może opierać się na analizie wartości tylko niektórych robót wybranych z kosztorysu ofertowego, jak tego dokonał odwołujący, tylko na analizie całkowitej wartości oferty. Przy rozliczeniu ryczałtowym odniesieniem dla wartości ceny oferty zaproponowanej przez oferentów za realizację zamówienia jest wartość na jaką zamawiający oszacował przedmiot zamówienia i na tej podstawie przeznaczył środki na jego realizację. Zgodnie z informacjami z otwarcia ofert wysokość środków jakie zamawiający przeznaczył na realizację tego zamówienia wynosi 47.603.282,49 zł brutto. Wartość oferty złożonej przez przystępującego. na wykonanie przedmiotowego zamówienia wynosiła 47.323.946,35 zł brutto, po postąpieniu 46.990.000,00 zł brutto, co jednoznacznie wskazuje na prawidłowe oszacowanie wartości oferty, niezależnie od sposobu rozbicia ceny na poszczególne pozycje przedstawione w kosztorysie ofertowym.

Przystępujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty. Wyjaśnienia te zostały uwzględnione przez zamawiającego.

W tym miejscu ponownie przystępujący wyjaśnił, że kalkulację ceny wykonania elementów elewacji przygotowano z uwzględnieniem ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Koszt wykonania elewacji jest ujęty w kilku pozycjach, gdyż na etapie opracowywania kosztorysów ofertowych wykorzystywano oferty cenowe dostawców i podwykonawców na elementy robót, których zakres nie mieścił się (nie odpowiadał ściśle) jednej pozycji kosztorysowej przedmiaru zamawiającego. Kalkulacja ceny jednostkowej wykonania elewacji zawarta została z tego powodu w kilku innych pozycjach. Ofertę na dostawę i montaż fasad zewnętrznych i wewnętrznych oraz podkonstrukcji pod elewację przystępujący otrzymał od firmy FENESTRA, natomiast ceny na dostawę i montaż płyt włókninowo-celulozowych ustalono w oparciu o oferty handlowe będące w posiadaniu przystępującego oraz ogólnie dostępne na rynku. Forma i mała szczegółowość złożonych ofert handlowych nie pozwoliła na precyzyjne rozbicie wartości w nich ujętych w kosztorysach ofertowych, stąd np. wartość dostawy i montażu podkonstrukcji pod płyty włókninowo-cementowe została zawarta w pozycjach dotyczących dostawy i montażu

fasad wewnętrznych i zewnętrznych. Szczegółowa analiza przyjętej metody kalkulacji ceny robót elewacyjnych została podana w załączniku Nr 4 do pisma z dnia 1 sierpnia 2013r.

Odwołujący porównał koszt wykonania samej elewacji z płyt włóknowo-cementowych bez podkonstrukcji w kwocie 854.492,73 zł netto z naszej oferty, z kwotami za wykonanie kompleksowej elewacji zaoferowanymi przez firmy Skanska, Warbud, Konsorcjum Best Construction na poziomie ponad 3 mln złotych, dla stworzenia wrażenia zaniżonej ceny i wywodzi nieuprawniony wniosek, że „ceny wykonania elewacji podane przez INTERBUD są nierealne, a ich podanie świadczy o zaoferowaniu usług poniżej kosztów własnych”, co nie jest prawdą.

Zarzut odwołującego, że cena oferty przystępującego jest nierealna jest bezpodstawny i nie udowodniony. Odwołanie się do kalkulacji cenowej z roku 2011, z uwzględnieniem zakresu robót już wykonanych na przedmiotowym zadaniu, było jak najbardziej uzasadnione. Zmartwienia odwołującego na temat płatności lub kosztów wejścia na zadanie abstrahują od faktu, że przystępujący jest firmą z Lublina, z szerokim zapleczem budowlanym, o bardzo dobrej kondycji finansowej i ogromnym doświadczeniu w realizacji robót budowlanych. Ze względu na powiązania właścicielskie z firmą produkcyjną przystępujący jest w stanie zagwarantować dostawę i montaż konstrukcji oraz stolarki aluminiowej po cenach bardzo konkurencyjnych, które to warunki nie są dostępne innym wykonawcom.

Zgodnie z pkt. 14 siwz, a także § 2 ust 1 wzoru umowy, "cenę oferty należało podać w formie ryczału". Przy tak ustalonym typie wynagrodzenia wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia i nie ma znaczenia sposób kalkulacji ceny ofertowej, co oznacza, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę. W świetle wymagań zawartych w siwz oferta powinna zawierać kosztorys ofertowy, ale zamawiający równocześnie zastrzegł że „Kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczy i nie będzie stanowił podstawy do obliczenia ceny ryczałtowej oferty”. Kosztorys ofertowy nie stanowi także podstawy do rozliczenia stron, które w przypadku ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie opierają się na cenach jednostkowych i wartościach zawartych w kosztorysie ofertowym, a na wartości ofertowej przedmiotu zamówienia w rozbiciu na elementy wyszczególnione w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym (vide § 3 ust. 1 wzoru umowy), który zostanie sporządzony, uzgodniony i zatwierdzony po podpisaniu umowy na realizację zamówienia. Na podstawie oświadczenia woli złożonego w ofercie o wykonaniu zamówienia za cenę podaną w ofercie oraz oświadczenia, że „zakres prac przewidzianych do wykonania jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót” zamawiający uzyskuje potwierdzenie, że w podanej cenie ofertowej zawarte zostały wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, w tym wykonania

elewacji wg technologii określonej w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, to przystępujący stwierdził, że odwołujący nie wskazał na czym polegało naruszenie ww. zasady przez zamawiającego. W ocenie przystępującego w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły żadne okoliczności, które uzasadniałyby zarzut naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji czy też zasady równego traktowania wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu były równe dla wszystkich wykonawców, każdy z potencjalnych wykonawców miał pełną wiedzę co do zakresu zamówienia i wymagań siwz, każdy z wykonawców miał jednakowe informacje od zamawiającego. Świadczy to o jednakowym (równym) sposobie postępowania zamawiającego wobec wykonawców.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj. ogłoszenia o zamówieniu ze zmianami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty przystępującego, wezwania zamawiającego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2013r., udzielonej przez przystępującego odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 sierpnia 2013r., zaproszenia do aukcji elektronicznej, tabeli "NCS - Natural Color System, Translation Key", wydanym przez Scandinavian Colour Institute AB zawierającej nazwy RAL i odpowiadające im nazwy NCS, dowód z oględzin płyty produkcji Cembrit o nazwie Zenit Mercury, dowód z karty katalogowej płyt elewacyjnych Cembrit, danych technicznych produktu Swisspearl wraz z testami i dopuszczeniami, korespondencji drogą elektroniczną pomiędzy firmą Warbud, a firmą Cembrit.

Na podstawie powyższego ustalono następujący stan faktyczny :

W siwz zamawiający zawarł następujące postanowienia:

W rozdziale 3 siwz wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na dokończeniu budowy budynku Centrum Analityczno-Programowego dla Zaawansowanych Technologii Przyjaznych Środowisku przy ul. Pagi i ul. Głębokiej w Lublinie w zakresie umożliwiającym uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu, zagospodarowanie terenu działki oraz wykonanie przyłączy.

3.1. Charakterystyka budynku:

- powierzchnia zabudowy – 2550,37m²,
- powierzchnia netto – 8281,06m²,
- kubatura brutto – 48081,44m³,
- wymiary gabarytowe (dł. x szer. x wys.) – 96,56m x 24,63 m x (15,11m÷22,91m).

W pkt 3.3. siwz podał, że opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Stanowi on załącznik nr 1 do siwz.

W pkt 3.4. siwz zamawiający dopuścił ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w opisie przedmiotu zamówienia, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w tej dokumentacji. W takiej sytuacji zamawiający wymagał złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających, iż te materiały i urządzenia odpowiadają opisanym przez zamawiającego. Złożone przez wykonawcę wyżej wskazane dokumenty miały podlegać ocenie przez autora dokumentacji technicznej oraz służby nadzoru inwestorskiego zatrudnione w ramach projektu „Ecotech – Complex – Człowiek, środowisko, produkcja”, którzy sporządzą stosowną opinię. Opinia ta będzie podstawą do podjęcia przez zamawiającego decyzji o akceptacji „równoważników” lub odrzuceniu oferty z powodu ich „nie równoważności”.

W rozdziale 12siwz zamawiający opisał sposób przygotowania ofert.

1) Oferta powinna zawierać:

- a) wypełniony i podpisany formularz ofertowy zgodny ze wzorem formularza oferty stanowiącym załącznik nr 2 do siwz. Zamawiający informuje, że w przypadku złożenia oferty bez użycia załączonego formularza złożona oferta musi zawierać wszelkie informacje wymagane siwz i wynikające z zawartości formularza ofertowego;
- b) oświadczenia i dokumenty wymienione w dziale 7 niniejszej siwz
- c) w przypadku oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do oferty dołączone powinno być pełnomocnictwo w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza;
- d) pełnomocnictwo do podpisania oferty, o ile umocowanie do dokonania przedmiotowej czynności nie wynika z dokumentów rejestrowych załączonych do oferty, złożone w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.
- e) kosztorys ofertowy odpowiadający, co do zakresu robót przedmiarowi robót oraz opisowi przedmiotu zamówienia dostarczonemu przez zamawiającego. Kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczy i nie będzie stanowił podstawy do obliczenia ceny ryczałtowej oferty, a będzie potwierdzał wykazanie należytej staranności przy określeniu ceny oferty.

W rozdziale 14siwz zamawiający podał opis sposobu obliczenia ceny oferty.

Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu.

W związku z powyższym cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Będą to między innymi następujące koszty: podatku VAT,

wykonania wszelkich robót budowlanych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie, wykonania wszelkich robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych, zorganizowania, zagospodarowania i późniejszej likwidacji placu budowy, ogrodzenia i zabezpieczenia placu budowy, zorganizowania i utrzymania zaplecza budowy (woda, energia elektryczna, telefon, dozоровanie budowy), odwodnienia wykopów, ewentualnego pompowania wody, wywozu nadmiaru gruntu, ewentualnej wymiany gruntu, zagęszczenia gruntu, przekopów kontrolnych, wykonania ewentualnych przekładek w przypadku kolizji z istniejącym uzbrojeniem, odtworzenia dróg i chodników zniszczonych w trakcie prowadzenia robót, pełnej obsługi geodezyjnej wraz z inwentaryzacją powykonawczą, wykonania dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego po zakończeniu realizacji robót budowlanych i innych czynności wynikających z umowy, jak również wszelkich innych niezbędnych do wykonania i prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia, a także koszt uzyskania wszelkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Zamawiający wymaga od Wykonawców bardzo szczegółowej analizy dokumentacji projektowej, zgodnie z zasadami określonymi w art. 355 Kodeksu cywilnego (należyta staranność). Zauważone rozbieżności w dokumentacji projektowej, wykonawca zobowiązany jest zgłosić zamawiającemu w formie pytań.”

Wymagane jest załączenie do oferty kosztorysu ofertowego, odpowiadającego co do zakresu robót wskazanych w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarach robót dotyczących przedmiotu zamówienia dostarczonych przez zamawiającego. W przypadku rozbieżności między dokumentacją projektową a przedmiarami pierwszeństwo ma dokumentacja projektowa. Kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczy i nie będzie stanowił podstawy do obliczenia ceny ryczałtowej oferty, a będzie potwierdzał wykazanie należytej staranności przy określeniu ceny oferty.

Ceny poszczególnych elementów zamówienia należy przedstawić w tabeli cen poszczególnych elementów robót zamieszczonej w załączniku nr 2 do niniejszej specyfikacji.

W rozdziale 15 siwz zamawiający podał kryteria oceny ofert cena – 100%.

Oferta najtańsza spośród ofert nie odrzuconych otrzyma 100 punktów. Pozostałe proporcjonalnie mniej, według formuły: $C = C_n/C_b \times 100 \text{ pkt}$
a najkorzystniejszą zostanie uznana oferta nieodrzucona, która uzyska największą całkowitą ilość punktów.

W przypadku braku możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, Zamawiający wezwie wykonawców, którzy złożyli oferty o takiej samej cenie, do złożenia w wyznaczonym terminie ofert dodatkowych.

W rozdziale 16 siwz zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli zostaną złożone, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostanie wysłane drogą elektroniczną na adres e-mail wskazany przez wykonawcę w Formularzu Oferty.

W załączniku nr 1 do siwz zamawiający zawarł Opis przedmiotu zamówienia

Użyte w dokumentacji projektowej nazwy zastosowanych materiałów i rozwiązań mają charakter przykładowy. Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w opisie przedmiotu zamówienia, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w tej dokumentacji. W takiej sytuacji zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających, iż te materiały i urządzenia odpowiadają opisanym przez zamawiającego. Złożone przez wykonawcę wyżej wskazane dokumenty będą podlegały ocenie przez autora dokumentacji technicznej oraz służby nadzoru inwestorskiego zatrudnione w ramach projektu w ramach projektu „Ecotech – Complex – Człowiek, środowisko, produkcja”, którzy sporządzą stosowną opinię. Opinia ta będzie podstawą do podjęcia przez zamawiającego decyzji o akceptacji „równoważników” lub odrzuceniu oferty z powodu ich „nie równoważności”.

W pkt 5.10 załącznika nr 1 do siwz zamawiający opisał wykończenie zewnętrzne.

-Tynki

Jako tynkowane zaprojektowano: elementy dachowe (kominy itd), wnętrza garażu, śmietnika.

Założono tynkowanie gotowymi masami tynkarskimi mineralnymi, na podkładzie z zaprawy klejowej zbrojonej siatką z włókna szklanego w kolorze RAL 7047. Granulacja tynków 1. typ "baranek"

-Płyty Celulozowo-Cementowe

Znaczna część elewacji wykonano z płyt celulozowo cementowych na ruszcie systemowym. Przyjęto sposób montażu płyt z widocznymi nitami w kolorze płyt. Na elewacjach wskazano dyspozycje kolorystyczne, ewentualne perforacje itd. W miejscach wskazanych następują wycofania elewacji (kosztem izolacji termicznej) i wystawienia wspornikowo ekranów. (Ekran i wycofania, patrz detal)

-System antygrafitii

W uzasadnionych przypadkach (dostępnych dla wandalii rejonach elewacji)

-Sigma Paragraf Podkład Transparentny – podkład akrylowy, przeznaczony do zabezpieczenia oryginalnego wyglądu podłoża mineralnego

-Sigma Paragraf Lakier – lakier poliuretanowy do ochrony podłoży mineralnych; tworzy szczelne

powłoki uniemożliwiający przeniknięcie graffiti w głąb podłoża; matowy, półmatowy, w połysku

-Sigma Paragraf Zmywacz – zmywacz przeznaczony do usuwania graffiti z podłoża, na które nałożono system Paragraf

-Sigma Odbarwiacz – do usuwania graffiti, którego nie można usunąć przy pomocy samego zmywacza.

-Galerie technologiczne - przesłony zewnętrzne

Wzdłuż segmentów A, B, C, D zaprojektowano stalowe galerie techniczne. Podłogę galerii stanowią kraty pomostowe kładzione na stalowej konstrukcji na gumowych podkładkach. Ściany galerii wykonano z płyt celulozowo-cementowych na konstrukcji stalowej. Płyty te stanowią kompozycję paneli pełnych, pustych i perforowanych. Przyjęto płyty dwustronnie wykończone kolorem. Wszystkie elementy stalowe zabezpieczyć antykorozyjnie (cynkować) konstrukcje stal. Malować na Ral 7005, Pomosty kratowe -ocynkowane fabrycznie.

- Ściany fasadowe

Zastosowane konstrukcje aluminiowe

- fasada aluminiowa REYNAERS CW-50 1.0

- fasada stalowa JANSEN VISS 50 (dla świetlika nr 1)

- okna wpinane w fasadę systemu REYNAERS CS 68-HV (ukryte skrzydło)

- drzwi wpinane w fasadę systemu REYNAERS CS68

Wypełnienia w fasadzie:

- szkło komorowe przeźierne ESG 8mm/ 16 Argon/ VSG 44.2 U=1,1

- szkło komorowe nieprzeźierne ESG 8mm/ 18/ Float ESG 6mm emalit RAL; za szkłem 18 cm warstwa wełny mineralnej o gęstości minimum 1,0 kN/m³. Pasy stropowe muszą mieć odporność ogniową EI60.

Kolorystyka ślusarki

Całość ślusarki wraz z obróbkami RAL 7005

Okładzina ALUCOBOND/REYNOBOND RAL 7005

Obróbki blacharskie

Wszystkie niezbędne obróbki blacharskie zamykające przestrzenie pomiędzy słupami i ryglami fasady a elementami konstrukcyjnymi budynku zostaną wykonane z blach aluminiowych gr. 1,5mm, 2mm i 3mm.

Mocowanie fasady

Fasada zostanie przymocowana do elementów konstrukcyjnych budynku za pomocą ocynkowanych uchwytów zespawanych ze stalowych blach grubości 6mm. Uchwyty zostaną zamocowane za pomocą stalowych kotew ocynkowanych „Fischer” FAZ 10/10 i FAZ 12/10. Górą i dołem fasady na budynkach biurowych zostaną zamocowane za pomocą systemowych aluminiowych stóp wsuwanych do wnętrza słupów fasady. Stopy te zostaną przymocowane do budynku za pomocą kotew ze stali nierdzewnej „Fischer” FAZ 10/10.

Łączniki do mocowania aluminiowych obróbek blacharskich:

Obróbki blacharskie występujące po stronie zewnętrznej fasad będą łączone wkrętami i kotwami „Fischer” ze stali nierdzewnej A4. Obróbki występujące po stronie wewnętrznej mogą być łączone łącznikami ze stali nierdzewnej A2.

Izolacje wodochronne:

Dla zabezpieczenia wnętrza budynku przed zewnętrznymi warunkami atmosferycznymi należy wykonać izolacje z folii EPDM grubości minimum 0,7mm. Folię należy wywinąć na ściany budynku minimum 10cm i kleić. Dodatkowo należy zabezpieczyć mechanicznie brzeg przyklejonej folii poprzez przykręcenie do ściany paska blachy stalowej ocynkowanej grubości 1,5mm ugiętego w kątownik rozwarty. Pasek blachy kotwić do ściany w maksymalnych rozstawach 0,5m.

Zewnętrzny sufit podwieszany:

Pod łącznikiem zostanie podwieszony sufit wykonany z paneli ALUCOBOND. Część sufitowa zostanie ocieplona 20 cm warstwą wełny mineralnej. Do sufitu łącznika zostanie podczepiony aluminiowy ruszt nośny, a do niego zostaną przykręcone panele ALUCOBOND.

Fuga pomiędzy panelami będzie wynosić 20mm. Pomiędzy panele zostanie wkomponowana linia świetlna.

-Panele blaszane na fasadzie

Część kwater fasadowych przesłonięta jest perforowanymi lub pełnymi panelami blaszanymi (patrz detal)

-Cokoły

Wzdłuż budynku zaprojektowano cokół w formie wciętego, 20cm pasa blaszanego. Szczegóły patrz detal. Na ścianach oporowych pas cokołowy ma 10cm.

-Gzymsy

Na poziomie +2.57 zaprojektowano 58 cm pas z płyt celulozowo-cementowy. Gzyms wycofano z lica ścian (patrz detal) przyjęto kolor RAL 7045

-Balustrady, pochwyty

Na zewnątrz zaprojektowano balustrady i pochwyty ze stali nierdzewnej. (Patrz detal).

-Ściany oporowe

Wzdłuż osi 2 i 8 zaprojektowano żelbetowe ściany oporowe licowane płytami celulozowocementowymi. Górę ścian wykończono blachą aluminiową.

-Sufity podwieszane- zewnętrzne.

Na zewnątrz spody elementów wystawionych wykonano z paneli aluminiowych typu alucobond w Kolorze RAL 7005 oraz z płyt celulozowo cementowych (szczegóły patrz rys. sufitów podwieszonych)

-Sufity Garażu-zewnętrzne pomieszczenia piwniczne.

Przyjęto 20cm wełny mineralnej tynkowanej tynkiem systemowym

-Parapety zewnętrzne aluminiowe systemowe

W otworach okiennych zaprojektowano aluminiowe parapety systemowe w kolorze ślusarki (Ral 7005). Sposób montażu wymaga osadzenia stalowych wsporników pod parapetem.

-Napisy wejściowe

W wolnostojącej ścianie przy wejściu głównym zaprojektowano przestrzenny napis wycięty z płyt celulozowo-cementowych. Napis Podświetlono. Nad wejściami do klatek schodowych segmentów A, B, C, D w panelach z wycięto nazwy segmentów.

-Złącze kablowe

Projektowane, systemowe złącze kablowe obłożono płytami celulozowo-cementowymi. (patrz detal)

UWAGA: WYKONAĆ PRÓBY KOLORYSTYCZNE WSZELKICH ELEMENTÓW WYKOŃCZENIOWYCH NA BUDOWIE W OBECNOŚCI PROJEKTANTA

Na rys. 15A, 16A i 17A w zakresie płyt celulozowo-cementowych wskazano :

Podziały płyt zawymiarowano w osi fugi, przyjęto sposób wieszania płyt celulozowo-cementowych na nity w kolorze płyt, na fasadach zaznaczono panele z blachy perforowanej patrz detal 15/ID, na elewacji z płyt celulozowo cementowych zaznaczono panele perforowane, wykonawca fasad aluminiowych, zewnętrznych przesłon i ścian celulozowo-cementowych zobowiązany jest do wykonania opracowania warsztatowego. Kolorystyka płyty elewacyjne (celulozowo – cementowe i fasady aluminiowe :

RAL 1003 kolor dwustronny w panelach – ekranach

RAL 6018 kolor dwustronny w panelach – ekranach

RAL 2008 kolor dwustronny w panelach – ekranach

RAL 3020 kolor dwustronny w panelach – ekranach

RAL 7047,

RAL 7004

RAL 7045

Przesłona zewnętrzna wspornikowa RAL 7047 kolor dwustronny

Przesłona zewnętrzna wspornikowa perforowana RAL 7047 kolor dwustronny

Uwaga wykonać próbę kolorystyczną wszystkich elementów elewacji na budowie

Na rysunkach zaznaczono płyty celulozowo-cementowe, płyty celulozowo – cementowe RAL 7045, płyty celulozowo- cementowe napis wycięty, panel perforowany

Na rysunku 19A zaznaczono wykonawca fasad i przesłon zobligowany jest do wykonania dokumentacji montażowej. W SST .01.31 Montaż okładziny ścian zewnętrznych elewacyjnych pkt 2 materiały płyty włóknowo-cementowe wykończone jednostronnie i dwustronnie.

Na rys. 4/III D znajduje się wskazanie płyta włókno-cementowa gr 8 mm, na rys 6/IIID znajduje się wskazanie płyta włókno-cementowa gr 8 mm, na rysunku 9/IIID – wzór perforacji dla płyt

włókno-cementowych 1:2 znajduje się komentarz dla „drugiej powłoki” płyty lakierowane dwustronnie. Krawędzie otworów sfrazowane dwustronnie.

Załącznik nr 1 do pisma zamawiającego z 11.06.2013 zawierał analogiczne rozwiązania w spornym zakresie.

W wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2013r. zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

Pytania z dnia 06.06.2013r. Pytanie nr 11 Czy napisy(loga) na elewacjach z płyt cementowo-włóknowych mają być malowane czy wycinane?

Odpowiedź Wszystkie aplikacje z płyt elewacyjnych są wycinane.

Pytania z dnia 07.06 2013r. Pytanie nr 13 Prosimy o potwierdzenie, że wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedziach z dnia 25.05.2011, 15.05.2011, 30.06.2011, 04.07.2011 dotyczące postępowania przetargowego na budowę Centrum Analityczno – Programowego dla Zaawansowanych Technologii Przyjaznych Środowisku w Lublinie - roboty budowlane w ramach projektu „ECOTECH – COMPLEX – CZŁOWIEK, ŚRODOWISKO, PRODUKCJA” (oznaczenie sprawy: PN/10-2011/DTI) obowiązują również w obecnym postępowaniu przetargowym.

Odpowiedź Postępowanie przetargowe z 2011r. (oznaczenie sprawy: PN/10-2011/DTI) zostało zakończone i odpowiedzi na pytania w nim udzielone nie dotyczą niniejszego postępowania.

Pytania z dnia 12.06.2013r Pytanie nr 1 Prosimy o informację czy odpowiedzi na pytania oferentów udzielone przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym z 2011 roku znak sprawy: PN/10-2011/DTI tj. w dniu 25.05.2011, 15.06.2011 oraz 30.06.2011 r. obowiązują również w postępowaniu bieżącym? W związku z tym, że powyższe odpowiedzi wnoszą wiele zmian do rozwiązań projektowych prosimy o ich udostępnienie lub wprowadzenie zmian do aktualnej dokumentacji przetargowej.

Odpowiedź Postępowanie przetargowe z 2011r. (oznaczenie sprawy: PN/10-2011/DTI) zostało zakończone i odpowiedzi na pytania w nim udzielone nie dotyczą niniejszego postępowania.

Pytanie nr 5. Prosimy o potwierdzenie, że elewacja z płyt włókno-cementowych ma być wykonana z płyt barwionych w masie a nie z płyt malowanych na budowie zgodnie z odpowiedzią na pytanie Nr 4 Zestaw nr 1 z dnia 12 maja 2011 r (pakiet odpowiedzi z dnia 15.06.2011 r).

Odpowiedź Potwierdzamy płyty elewacyjne mają być barwione w masie przez producenta, a nie malowane na budowie.

Przystępujący złożył ofertę z ceną brutto 47 323 946, 35zł.

Na str. 87 oferty w kosztorysie ofertowym branży budowlana w poz. 6 Elewacja wskazano takie elementy jak :

Okładziny i fasady zewnętrzne o wartości 4 085 964, 90 zł., Elewacja tzw. „druga skóra” o wartości 450 379, 34zł., Rusztowania o wartości 173 236, 50zł., Elewacja inne o wartości 1 087, 50zł. łącznie o wartości 4 710 668,24zł., a w poz. 12 wskazano Elewacje na kwotę 31 563,70zł. i Fasady na kwotę – 24 153,89zł.oraz Wyposażenie system antygrafitti 160 080,00zł.

Odwołujący na str. 182 kosztorysu ofertowego branża budowlana i drogowa w poz. 6 Elewacje wskazano takie elementy jak :

Okładziny i fasady zewnętrzne o wartości 5 240n787,30 zł., Elewacja tzw. „druga skóra” o wartości 1 209 880,29zł., Rusztowania o wartości 42 467,00zł., Elewacja inne o wartości 65 766,18zł. łącznie o wartości 4 710 668,24zł., a w poz. 12 i Fasady F18 na kwotę – 44 969,64 i Fasady F 21 na kwotę 40 252, 69 zł. oraz Wyposażenie system antygrafitti 15 348,00zł.

W dniu 29 lipca 2013r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty cytując otrzymaną od jednego z wykonawców biorącego udział w postępowaniu informację, w której oczekiwano, że zamawiający wyjaśni cenę ofertową firmy Interbud w zakresie wykonania elewacji. Wykonawca wskazał na wymagania zamawiającego związane z wykonaniem elewacji oraz stwierdził, że elewacja jest jednym z trudniejszych i droższych elementów prac do wykonania w przedmiotowej inwestycji. Wskazał na ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców w niniejszym postępowaniu składające się na koszt wykonania elewacji i podkreślił, że cena oferty przystępującego znacząco odbiega od poziomu cen wskazanych przez pozostałych oferentów, co może sugerować błąd w obliczeniu ceny i narazić zamawiającego na wybór wykonawcy, który nie będzie w stanie rzetelnie wykonać przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie sformułował własnych zapytań do przystępującego. W załączeniu zamawiający przesłał wyliczenia wykonawcy oparte na danych zawartych w ofertach poszczególnych wykonawców.

W dniu 2 sierpnia 2013r. przystępujący złożył wyjaśnienia wskazując na pkt 14 siwz i ryczałtowy charakter wynagrodzenia i podniósł, że zamawiający wskazał, iż kosztorys ma charakter pomocniczy i nie stanowi podstawy do obliczenia ceny ryczałtowej oferty, ani nie jest podstawą rozliczenia stron w toku realizacji umowy, co wynika z § 3 ust. 1 i § 4 ust. 3 wzoru umowy. Podniósł, że oświadczył w ofercie, że zakres prac przewidziany do wykonania jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w dokumentacji projektowej, stwiorb. Ponadto analiza wartości oferty nie może opierać się na analizie wartości tylko niektórych robót wybranych z kosztorysu ofertowego, ale powinna dotyczyć analizy całkowitej wartości oferty, Odniesieniem jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego oraz wysokość środków przeznaczonych przez zamawiającego na realizację zamówienia. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 47 603 282,49zł. brutto, a przystępujący wycenił swoją ofertę na 47 323 946,35zł. brutto, co według przystępującego świadczy o tym, że prawidłowo oszacował swoją ofertę. Podkreślił, że postępowanie jest

prorowadzone z zastosowaniem aukcji elektronicznej i prawdopodobnie inni wykonawcy założyli duże rezerwy na ewentualne postąpienia. Ceny w ofertach to nie są zatem ceny, za które będzie realizowane zamówienie. Porównał zakres robót z postępowaniem przetargowym zamawiającego na ten sam przedmiot w 2011, w którym zrealizowano około 14 zamówienia. Biorąc pod uwagę średnią cen najbardziej konkurencyjnych w tamtym postępowaniu i przy uwzględnieniu 14 % wykonania robót oraz wskaźnika cen wzrostu (spadku) cen produkcji według GUS w branży budowlano-montażowej 2011-2013 na poziomie 0,3% w ocenie przystępującego realna wartość zamówienia kształtuje się na poziomie 45, 5 mln zł. brutto. A po odrzuceniu wartości skrajnych ofert realna wartość zamówienia to 47, 3 mln. brutto, co potwierdza prawidłowość wyceny przystępującego. Na tę okoliczność przedstawił w załączniku dane, za pomocą których dokonał powyższych obliczeń. Jednocześnie przystępujący podał, że z uwagi na powiązania właścicielskie z firmą produkcyjną jest w stanie zagwarantować dostawę i montaż konstrukcji oraz stolarki aluminiowej po cenach bardzo konkurencyjnych nie dostępnych innym wykonawcom. Poinformował, że kosztu wykonania elewacji nie ujął wyłącznie w pozycjach, które zostały wyszczególnione w załączniku do wezwania do złożenia wyjaśnień. Przystępujący wykorzystywał oferty cenowe dostawców i podwykonawców, na elementy robót, których zakres nie mieścił się ściśle w jednej pozycji kosztorysowej i kalkulacja ceny w tym zakresie zawarta jest w kilku innych pozycjach. Nadto posługiwał się bardzo korzystną ofertą na dostawę i montaż fasad zewnętrznych i wewnętrznych oraz podkonstrukcji od firmy Fenestra, natomiast ceny na dostawę i montaż płyt włókninowo-cementowych przyjął w oparciu o posiadane oferty handlowe i ogólnie dostępne ceny rynkowe. Wskazał, że koszty dostawy i montażu podkonstrukcji pod płyty włókninowo- cementowe ujął w pozycjach dotyczących dostawy i montażu fasad zewnętrznych i wewnętrznych. Do pisma załączył analizę ofert złożonych w 2011r., wskaźniki wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej 2011 – 2013, szacunkowe wyliczenie wartości zakresu wykonanego, analizę metody kalkulacji ceny robót budowlanych oraz ofertę firmy Fenestra, którą objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z karty producenta Cembrit wynika, iż jest to płyta elewacyjna i że jest ona barwiona w mas znr 100% nieprzezroczystą farbą akrylową, o odcieniu dopasowanym do koloru płyty, płyty Cembrit są dostępne w 16 kolorach. Cembrit pozwala na połączenie 9 głównych kolorów płyt z większością kolorów NCS S przez ich pomalowanie. Z powodu naturalnego składu mogą pojawić się różnice w wyglądzie pomiędzy poszczególnymi płytami, jak również w obrębie jednej płyty.

Z upływem czasu kolory mogą ulec zmianie w wyniku działania promieni UV i czynników środowiskowych.

Z korespondencji elektronicznej pomiędzy Cembrit, a WARBUD wynika, iż cena płytki to ok. 94 zł za m² netto, a cięcie na wymiar oraz napisy aplikacje wycenia potencjalny wykonawca elewacji.

W korespondencji podano odniesienia RAL w płytach Cembrit (kolory najbardziej zbliżone). Standardowo dostarczane są płyty pełne w kolorach z palety Cembrit. Na indywidualne życzenie istnieje możliwość fabrycznej perforacji - jest to wycena indywidualna. Kolory RAL nie są dokładnym odzwierciedleniem kolorystyki Cembrit (są to kolory zbliżone, proponowane). Wszystkie płyty posiadają fabryczną lewą i prawą stronę; na lewej znajduje się nadruk fabryczny (mało widoczny), ale płyty dedykowane są na elewacje, więc lewa strona nie jest istotna, gdyż jej nie widać.

Aby zyskać tę samą powierzchnię z obu stron należałoby zastosować dwie płyty fabrycznie lakierowane, złączone tyłami lub pomalować na budowie we własnym zakresie płytę surową.

Płyty Zenit i Metro produkowane są tylko jednostronnie.

Z katalogu Cembrit Płyty elewacyjne dla kreatywnej architektury wynika, że płyta fasadowa Cembrit Zenit to wyjątkowe połączenie płyty barwionej w masie z całkowicie nieprzeźroczystą farbą akrylową o odcieniu dopasowanym do żywego naturalnego koloru płyty. Z katalogu wynika, że firma Cembrit produkuje dwa rodzaje płyt barwionych w masie: płyty Cembrit Zenit dla których można połączyć jeden z dziewięciu kolorów płyt z odcieniami palety kolorów NCS S, są to płyty barwione w masie i malowane oraz płyty Cembrit Cembonit dostępne w 11 kolorach barwione w masie i niemalowane.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania opisane w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta nie podlegała odrzuceniu i została sklasyfikowana w rankingu ofert na drugiej pozycji, tak przed aukcją elektroniczną, jak i po jej przeprowadzeniu. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania i wyeliminowania przystępującego, ma on szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Może także ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji zamówienia. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska zamawiającego, że fakt, iż ma on zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę niższą niż cena oferty odwołującego powoduje pozbawienie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. Izba przychyliła się do argumentacji odwołującego, że unieważnienie postępowania z tego powodu, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, może nastąpić dopiero po wyborze oferty z ceną wyższą niż możliwości finansowe zamawiającego. Taka sytuacja w przedmiotowym postępowaniu nie miała miejsca. Nadto zamawiający błędnie utożsamia kwotę podawaną przy otwarciu ofert, z kwotą, o której mowa w art. 93 ust. 1 ustawy. Kwota podawana przy otwarciu ofert to kwotą, którą zamawiający chce

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, natomiast kwotą z art. 93 ustawy, to kwota która oznacza granicę finansową możliwości zamawiającego. Tym dopiero w sytuacji wykazania przez zamawiającego, że nie ma faktycznie jakichkolwiek możliwości finansowych zwiększenia kwoty podanej przy otwarciu na sfinansowanie zamówienia (np. przez przesunięcie środków przeznaczonych na inne cele, zaciągnięcie kredytu, pożyczki itp.), a jednocześnie wybrana zostanie oferta z wyższą ceną, wówczas ziszcza się podstawa unieważnienia postępowania. Na obecnym etapie w ocenie Izby odwołujący ma nadal szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8, art. 96 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę wybranego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby odwołujący błędnie interpretuje treść art. 8 ust. 3 ustawy. Zarzut odwołującego w swej istocie oparty jest o użyte przez ustawodawcę sformułowanie „jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane”. Z tego postanowienia odwołujący wywodzi, że wyłącznie informacja, która została zastrzeżona przed upływem terminu składania ofert i jest informacją w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być skutecznie zastrzeżona. Izba nie podziela tego poglądu. Izba stoi na stanowisku, że przepis ten stanowi nie tylko wyjątek od zasady jawności, ale jego rozumienie musi uwzględniać także ustawowe wyjątki od zasady kompletności oferty na dzień składania ofert. W modelowej sytuacji, jaką regulują zasady opisane w rozdziale 2 działu I ustawy oferta powinna potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wykazywać, że zamówione dostawy, usługi i roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego i wreszcie nie budzić wątpliwości, co do tego, co zostało zaoferowane i czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Jednak ustawodawca zakładając możliwość popełnienia omyłki przez wykonawcę, czy braku jednolitego języka pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą dopuścił wyjątki od zasady kompletności oferty na dzień składania ofert i takie wyjątki zostały wskazane w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, art. 87 ust. 1, czy wreszcie w art. 90 ust. 1 ustawy. We wszystkich tych przypadkach przewidziano udzielenie wykonawcy dodatkowego terminu na dokonanie określonych czynności, czyli de facto wydłużono termin na złożenie kompletnej oferty. Skoro ustawodawca zdecydował się na dopuszczenie takich wyjątków w ustawie, to przepis art. 8 ust.3 ustawy musi być wykładany z uwzględnieniem tych wyjątków. Czyli przywołane przez odwołującego brzmienie art. 8 ust. 3 „jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane” musi być rozumiane w ten sposób, że zastrzeżenie tajemnicy jest możliwe jeżeli wykonawca ją zastrzegł w terminie składania ofert lub w terminie udzielonym

mu dodatkowo przez zamawiającego, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4, 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy. Przyjęcie odmiennej wykładni art. 8 ust. 3 ustawy prowadziłoby bowiem do uniemożliwienia wykonawcy skorzystania z dobrodziejstwa tych przepisów w przypadku związania go tajemnicą handlową, w odniesieniu do dokumentów za pomocą, których miałyby dowodzić zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferty z treścią siwz, czy zaoferowania ceny nie będącej ceną rażąco niską. Przepisy art. 96 ust. 2 i 3 ustawy nie mają wpływu na powyższe rozstrzygnięcie, gdyż w ogóle nie odnoszą się do informacji zastrzeżonych w ofertach jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co do zarzutu niezwyfikowania przez zamawiającego prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa u przystępującego, to ustawodawca nie wskazał w szczególności sposobu jak taka weryfikacja musi być przeprowadzona. W ocenie Izby jeśli zamawiający jest w stanie samodzielnie ocenić czy dany dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa spełnia przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to nie musi w tym zakresie stosować szczególnej procedury wyjaśniania podstaw zastrzeżenia z wykonawcą. W ocenie Izby z powołanego przez odwołującego orzeczenia Sądu Najwyższego nie wynika nakaz dokumentowania procesu myślowego zamawiającego w formie pisemnej przedstawiającego sposób analizy dokumentu pod kątem zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Niewątpliwie Sąd Najwyższy stwierdził, że zamawiający mają obowiązek analizować prawidłowość zastrzeżonej tajemnicy i ujawnić wynik tej analizy. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający na rozprawie oświadczył, że ocenił zastrzeżone informacje i uznał, że spełniają one przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, wynik tej analizy zakomunikował odwołującemu odmawiając mu dostępu do zastrzeżonych dokumentów. Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżony dokument nie może zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie dotyczy informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub innych mających wartość gospodarczą, co do których przystępujący nie podjął czynności zmierzających do utrzymania ich poufności. Argumentacja odwołującego skupiła się na upływie terminu do zastrzeżenia tajemnicy i na braku weryfikacji zastrzeżenia przez zamawiającego. Izba oceniając informacje zawarte w zastrzeżonym przez przystępującego dokumencie doszła do wniosku, że zamawiający prawidłowo zweryfikował prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokument ten bowiem zawiera informację mającą znaczenie i wartość gospodarczą i zawiera ofertę handlowo przygotowaną specjalnie dla przystępującego. Przystępujący poczynił czynności zmierzające do zachowania tej informacji w poufności oznaczając dokument tę informację zawierający jako poufny i informując o tej poufności zamawiającego. W toku rozprawy nie zostało wykazane, że informacja, którą chroni przystępujący jest znana odwołującemu lub innym osobom nie związanym z zamawiającym i przystępującym. W tej sytuacji, Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 8, art. 96 ust. 2 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że treść oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu jest niezgodna z treścią siwz

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba Zwróciła uwagę na najistotniejsze dla rozstrzygnięcia postanowienia znajdujące się w siwz i zestawiała je z wyjaśnieniami przystępującego złożonymi na rozprawie oraz korespondencją elektroniczną z firmą Cembrit, kartą produktu Cembrit i folderem reklamowym Cembrit.

Przede wszystkim bezsporne jest pomiędzy stronami, że przystępujący zaoferował w swojej ofercie wykonanie elewacji z płyt celulozowo-cementowych firmy Cembrit kolekcji Zenit. Wynika to zarówno z wyjaśnień złożonych przez przystępującego zamawiającemu, jak i twierdzeń przystępującego na rozprawie. Przystępujący wyjaśnił także na rozprawie, że płyta Cembrit Zenit jest barwiona w masie przez producenta, twierdzeniu temu nie przeczył odwołujący, potwierdzają to także karta katalogowa, wyjaśnienia producenta i folder producenta. Jak wynikało z oględzin przedstawionej przez przystępującego i odwołującego próbki płyty celulozowo-cementowej produkcji Cembrit z kolekcji Zenit w kolorze Mercury płyta ta była barwiona w masie tj. do mieszanki celulozowo - cementowej dodano w trakcie produkcji barwnik nadający jej kolor i cała płyta miała zabarwienie w odcieniu szarości i z jednej strony – prawej, na płytce znajdowała się powłoka lakiernicza jednolita i gładka, której kolor po przyłożeniu do przedłożonego próbnika odpowiadał kolorowi RAL 7047. Strona lewa nie była pokryta lakierem kolorowym, kolor nie był jednolity. Z korespondencji pomiędzy Warbud, a Cembrit wynika, że Cembrit oferuje płyty barwione na kolory odpowiadające paletce NCS S, jednak to barwienie jest jednostronne. Potwierdza to również stanowisko przystępującego na rozprawie, z którego wynika, że osiągnięcie koloru odpowiadającego kolorowi RAL lub NCS S przez barwienie płyty w masie jest bardzo trudne, gdyż nie ma gwarancji w jaki sposób zachowa się barwnik podczas produkcji mieszanki celulozowo-cementowej, dlatego firma Cembrit przyjęła rozwiązanie polegające na połączenie barwienia w masie z malowaniem w 100% nieprzeźroczystą farbą akrylową, którą to farbą pokrywa prawą część płyty, lewą stronę zabezpieczając bezbarwnym lakierem. To ustalenie wynika zarówno z twierdzeń przystępującego złożonych na rozprawie, jak i folderu reklamowego, jak również z korespondencji pomiędzy Warbud i Cembrit. Należy zatem zestawić te właściwości płyty Cembrit Zenit zestawień z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz dokumentacji projektowej. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że dla płyt celulozowo cementowych na elewacjach wskazano dyspozycje kolorystyczne, ewentualne perforacje itd., zaś dla galerii technologicznych tzw. przesłon zewnętrznych podano - ściany galerii wykonano z płyt celulozowo-cementowych na konstrukcji stalowej. Płyty te stanowią kompozycję paneli pełnych, pustych i perforowanych. Przyjęto płyty dwustronnie wykończone kolorem. W wolnostojącej ścianie przy wejściu głównym zaprojektowano przestrzenny napis wycięty z płyt celulozowo-cementowych. Z rysunków 15A,

16A i 17A wynika, że dla przesłony zewnętrzna wspornikowa podano dyspozycje kolorystyczne : RAL 7047 kolor dwustronny i analogicznie dla przesłona zewnętrzna wspornikowa perforowana podano dyspozycję kolorystyczną : RAL 7047 kolor dwustronny

W SST .01.31 Montaż okładziny ścian zewnętrznych elewacyjnych pkt 2 materiały płyty włóknowo-cementowe wykończone jednostronnie i dwustronnie.

Na rysunku 9/IIID – wzór perforacji dla płyt włóknocementowych 1:2 znajduje się komentarz dla „drugiej powłoki” płyty lakierowane dwustronnie.

Zestawiając te wymagania w ocenie Izby wymaganiem zamawiającego było, aby dla przesłon zewnętrznych wykonawcy zastosowali się do dyspozycji kolorystycznych uwidocznionych w dokumentacji projektowej. Zaś w dokumentacji projektowej podano dyspozycję koloru RAL i wskazanie, że kolor ma być dwustronny.

Izba przyznała zatem rację odwołującemu, że z treści siwz wynika, że kolor RAL miał być osiągnięty na obu stronach płyty. Izba to przekonanie wywodzi z tego, że na rysunkach zaznaczono dyspozycje kolorystyczne, a nie właściwości płyty cementowo – celulozowej i wymaganie kolor dwustronny nie jest odniesione do płyty, ale do koloru. Wskazanie RAL 7047 kolor dwustronny oznacza zatem wbrew twierdzeniu zamawiającego i przystępującego na rozprawie, że z obu stron płyty ma być kolor odpowiadający paletce RAL, a nie jak obecnie interpretują to zamawiający i przystępujący cała płyta ma być barwiona w masie, a kolor odpowiadający paletce RAL może być uzyskany tylko z jednej strony. Żadne ze wskazań siwz nie daje podstawy do takiego wniosku, co więcej gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego na rozprawie, że kolor dwustronny oznacza kolor uzyskany przez barwienie w masie, to:

1. albo prowadzi to do sprzeczności z siwz (w przypadku płyty Cembrit Zenit), bo dla tej płyty nie da się osiągnąć (jak wynika z twierdzeń przystępującego) koloru odpowiadającego paletce RAL przez barwienie w masie (uzyskany zostanie kolor własny producenta, w tym przypadku Mercury),
2. albo oznacza to, że płyta Cembrit Zenit nie odpowiada siwz, bo poza dwustronnym kolorem z barwienia w masie jest dodatkowo malowana przez producenta z jednej strony farbą akrylową, czego siwz przy wykładni siwz prezentowanej przez zamawiającego nie przewidziało,
3. albo, że wymóg RAL 7047 należy rozumieć jako wymóg uzyskania kolorystyki własnej producenta zbliżonej do podanego w dokumentacji projektowej koloru z palety barw RAL, jednak taki wniosek nie wynika z treści siwz, gdzie konsekwentnie odwoływano się dla palety RAL, oraz jednoznacznie wskazano, że dokumentacja projektowa zawiera dyspozycje kolorystyczne, a wskazaniu koloru z palety RAL nie towarzyszą określenia dopuszczające odstępstwa kolorystyczne od narzuconej palety barw.

W tej sytuacji argumentacja zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w siwz, ani dokumentacji projektowej i należy przyjąć, że została przedstawiona na potrzeby postępowania odwoławczego.

Izba stoi zatem na stanowisku, że zamawiający w siwz wymagał, aby zadany kolor RAL na płycie dla przesłon zewnętrznych znajdował się na obu stronach tej płyty, w ocenie Izby można było to osiągnąć przez barwienie w masie i pokrycie powłoką (lakierniczą, malarską) w kolorze RAL, ale z obu tj. prawej i lewej strony płyty, albo przez barwienie w masie na zadany kolor RAL. W ocenie Izby tych wymagań nie spełnia płyta celulozowo-cementowa Cembrit Zenit, gdyż pokrycie kolorem w paletcie NCS S następuje tylko z jednej strony tej płyty, a z drugiej kolor płyty to kolor Mercury – czyli własny producenta. W tej sytuacji oferowana płyta nie spełnia wymagań siwz – kolor dwustronny w paletcie RAL. Oznacza to, że zaoferowana przez przystępującego płyta nie spełnia wymagań siwz wynikających z pkt 5.10 załącznika nr 1 do siwz, rysunku 15A, 16A, 17A oraz detalu 9/IIID, a zatem treść złożonej przez przystępującego oferty w tej części nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji wskazuje na zaniechanie zamawiającego polegające na nieodrzuconiu oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba nie podziela natomiast stanowiska odwołującego, że paleta RAL nie ma swoich odpowiedników w paletcie NCS S. W ocenie Izby dowody przedłożone w tym zakresie przez przystępującego, zarówno tabela "NCS - Natural Color System, Translation Key", wydanym przez Scandinavian Colour Institute AB jak i przedłożony próbnik kolorów RAL i NCS S są wiarygodne i przeczą twierdzeniu odwołującego, zaś on sam nie poparł swoich twierdzeń żadnym dowodem.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 89 ust 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący stwierdził, że upatruje czynu nieuczciwej konkurencji w złożeniu oferty przez przystępującego jako czynu wynikającego z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 15 ust. 1 ustawy dotyczy czynu utrudniania dostępu do rynku przez oferowanie towarów poniżej kosztów ich wytworzenia lub usług poniżej kosztów ich świadczenia. W ocenie Izby jednak argumentacja odwołującego nie dowodzi dopuszczenia się przez przystępującego takiego czynu. Odwołujący bowiem uważa, że przystępujący zaoferował w ramach elewacji płyty włókno-cementowe nie spełniające wymagań zamawiającego dotyczącego dwustronnego koloru RAL. Odwołujący uważa, że przystępujący zaoferował wprawdzie płyty włókno-cementowe barwione w masie, ale także malowane/lakierowane jednostronnie na wymagany przez zamawiającego kolor RAL i uważa, że w ten sposób przystępujący zaniżył wartość swojej usługi. W ocenie Izby, aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 ustawy,

porównywane towary czy usługi muszą być jednakowe. Czyli wykonawcy konkurujący ze sobą na rynku oferują ten sam towar, czy taką samą usługę, ale jeden z nich celowo i świadomie godzi się na poniesienie straty finansowej w wyniku takiej oferty, po to, aby wyeliminować lub ograniczyć konkurencję. Przepis bowiem stanowi o sprzedaży towarów poniżej kosztów ich wytworzenia czyli poniżej kosztów zakupu materiałów, produkcji, w tym kosztów pracy urządzeń i sprzętu i robocizny, oraz dostawy wytworzonego towaru. A także o sprzedaży usługi poniżej kosztów jej wytworzenia, czyli również zakupu materiałów i sprzętu, pracy ludzkiej. Natomiast w przedmiotowej sprawie odwołujący nie twierdzi, że zaoferowane takie płyty, jakie on sam zaoferował i to zaoferowane te płyty poniżej kosztów ich wytworzenia. Co więcej dowód przedłożony przez odwołującego w postaci korespondencji z producentem Cembrit potwierdza prawidłowość i rzetelność ceny płyty podanej przez przystępującego. Przystępujący kalkulował cenę płyty na 95 zł./m², a z korespondencji pomiędzy Warbud, a Cembrit wynika, że takie płyty mogą być również odwołującemu zaoferowane w zbliżonej cenie tj. 94 zł./m². W ocenie Izby zatem nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 89 ust 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że zawiera rażąco niską cenę; ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy ze względu na zaniechanie czynności wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zamawiający skalkulował kosztorys inwestorski na poziomie zbliżonym do oferty przystępującego i niższym od ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, a tym samym brak było podstaw po stronie zamawiającego do przyjęcia, że oferta przystępującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w doktrynie przyjmuje się, że przy cenie ryczałtowej przy ocenie zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy brana powinna być pod uwagę cena całkowita oferty. Cena przystępującego zaoferowana w niniejszym postępowaniu nie odbiegała w sposób istotny od ceny zamawiającego. Nadto sam zamawiający w siwz wskazywał, że składany przez wykonawców kosztorys ofertowy ma jedynie charakter pomocniczy i nie będzie brany pod uwagę przy badaniu prawidłowości obliczenia ceny. Nadto również w siwz zamawiający zezwolił wykonawcom w sytuacji, gdy przedmiar przekazany wykonawcom przez zamawiającego nie zawiera wszystkich pozycji wymaganych dla skalkulowania przedmiotu zamówienia, albo do skalkulowania brakujących pozycji w pozycjach już istniejących, albo dopisania do kosztorysu brakujących pozycji, nie wykluczył także zastosowania metody mieszanej, z tego względu w ocenie Izby badanie cen pomiędzy poszczególnymi wykonawcami

w oparciu o dane zawarte w ich pozycjach kosztorysowych nie może być uznane za w pełni wiarygodne bez znajomości sposobu kalkulacji ceny przez poszczególnych wykonawców i metody jaką zgodnie z zezwoleniem zamawiającego przyjęli. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazywał m. in. na to, że z uwagi na korzystanie z ofert dostawców i brak identyczności opisu oferowanych świadczeń z opisem zamawiającego niektóre pozycje wkalkulowywał w inne, stąd wyliczenia odwołującego przedstawione mu przez zamawiającego są nie pełne. Ponadto częściowo jak już wskazywano wyżej realność kalkulacji przystępującego w zakresie płyt celulozowo – cementowych potwierdził sam odwołujący przedstawiając korespondencję z producentem Cembrit, która potwierdziła cenę płyt za m², taką jak podana w wyjaśnieniach przystępującego. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia ani art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień elementów oferty przystępującego mających wpływ na zaoferowaną cenę, ani art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty z ceną rażąco niską.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91b ust. 1 ustawy poprzez zaproszenie wykonawcy wybranego do udziału w aukcji pomimo, iż oferta tego wykonawcy winna być odrzucona

Zarzut potwierdził się. Izba uznała, że oferta przystępującego oferowała niezgodny z postanowieniami siwz przedmiot zamówienia w zakresie elementów elewacji z płyt celulozowo cementowych składających się na przesłonę zewnętrzną wspornikową i przesłonkę zewnętrzną wspornikową perforowaną w kolorze RAL 7047 kolor dwustronny, tak jak wymagał tego zamawiający zarówno w pkt 5.10 opisu przedmiotu zamówienia jak i na rys. 15A, 16A i 17A i na detalu 9/IIID. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający dopuścił się zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a w konsekwencji naruszył art. 7 ust. 1 ustawy zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek równo traktować wykonawców, a naruszeniem zasady równego traktowania jest sytuacja, w której konkurują ze sobą wykonawcy z ofertami niepodlegającymi odrzuceniu i wykonawcy, których oferty powinny być wyeliminowane przez zamawiającego z postępowania. Zamawiający naruszył także art. 91b ust. 1 ustawy, zgodnie z którym w aukcji elektronicznej mogą uczestniczyć tylko oferty nie podlegające odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy. Izba uznała, że zamawiający zapraszając przystępującego do aukcji elektronicznej naruszył art. 91 b ust. 1 ustawy, zaś dopuszczając do dokonywania przez przystępującego postępień doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy z ofertami nie podlegającymi odrzuceniu obniżali ceny swoich ofert reagując na czynności wykonawcy, który nie powinien brać udziału w aukcji, to naruszało art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Odwołujący oświadczył na rozprawie, że chodzi tu o przepisy rozporządzenia z dnia 26 października 2010r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. nr 223 oz. 1458) i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba nie dopatrzyła się naruszenia powyższych przepisów przez zamawiającego, a szczegółowe rozstrzygnięcie w tym zakresie zawarła w rozstrzygnięciu zarzutów przedstawionym wyżej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit a i b i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu poniesionych kosztów uiszczanego wpisu oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie przed Izbą na podstawie przedłożonej faktury z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....