

Sygn. akt: KIO/UZP 297/09

**WYROK**  
z dnia 24 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Ewa Jankowska**

**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum wykonawców: HENPOL Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o. i INTERBUD-LUBLIN S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Zimna 9, 20-204 Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Izba Skarbowa w Lublinie, ul. I armii Wojska Polskiego 3, 20-950 Lublin**, protestu z dnia 13 lutego 2009 r.

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX-DROMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum wykonawców: HENPOL Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o. i INTERBUD-LUBLIN S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Zimna 9, 20-204 Lublin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum wykonawców: HENPOL Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o. i INTERBUD-LUBLIN S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Zimna 9, 20-204 Lublin;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum wykonawców: HENPOL Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o. i INTERBUD-LUBLIN S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Zimna 9, 20-204 Lublin.**

### **U z a s a d n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę budynku Izby Skarbowej i Urzędu Skarbowego w Lublinie”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum wykonawców: HENPOL Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Sp. z o.o. i INTERBUD-LUBLIN S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Lublinie, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 19 czerwca 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 118-156839). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą*” Izba Skarbowa w Lublinie, zwana dalej „*Zamawiającym*”.

Rozpatrywane przez Izbę odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego związanej z wyborem oferty najkorzystniejszej, tj. oferty BUDIMEX-DROMEX S.A. oraz zaniechaniem odrzucenia oferty tej firmy oraz firmy POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. Zamawiający informację o wynikach tego postępowania przekazał *Odwołującemu* w dniu 5 lutego 2009 r. W dniu 13 lutego 2009 r. *Odwołujący* oprotował tę czynność, zarzucając *Zamawiającemu*:

1. art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDIMEX DROMEX S.A. oraz wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i Zakład Budownictwa Lublin (dalej: „*POLIMEX-MOSTOSTAL*”) do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX DROMEX S.A. oraz wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL, mimo że oferty złożone przez tych wykonawców zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców:
  - a) BUDIMEX DROMEX S.A.
  - b) POLIMEX-MOSTOSTAL S.A.
  - c) Konsorcjum firm: SANDO Budownictwo Polska Sp. z o.o. i Construcciones Sanchez Dominguez-Sando S.A.(dalej; „SANDO”),  
mimo, że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ
4. art. 7 ust. 3 i 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty niezgodnie z ustawą i nierówne traktowanie Wykonawców.

Informację o złożonym proteście wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niego Zamawiający firmie Budimex-Dromex z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) przekazał w dniu 17 lutego 2009 r. Firma ta złożyła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w dniu 20 lutego 2009 r. (pismo z dnia 19 lutego 2009 r.), wskazując, że protest powinien być przez Zamawiającego oddalony.

Zamawiający rozpatrując protest w piśmie z dnia 25 lutego 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) oddalił zarzuty dotyczące:

- zaniechania wezwania wykonawców BUDIMEX DROMEX S.A. i POLIMEX-MOSTOSTAL do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- zaniechania odrzucenia ofert wykonawców BUDIMEX DROMEX S.A., POLIMEX-- MOSTOSTAL S.A. mimo, że oferty złożone przez tych wykonawców zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- zaniechania odrzucenia ofert BUDIMEX OROMEX S.A., POLIMEX-MOSTOSTAL, mimo, że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ;
- wyboru oferty niezgodnie z ustawą i nierówne traktowanie Wykonawców.

Jednocześnie też Zamawiający postanowił uznać przedmiotowy protest jako zasadny w części dotyczącej zarzutów:

- zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum reprezentowanego przez SANDO mimo, że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

I. Co do zarzutów związanych z ceną rażąco niską:

1. Oceniając złożone w przedmiotowym postępowaniu oferty, Zamawiający, z uwagi na zaistniałe różnice w relacji ceny ofertowej i wartość przedmiotu zamówienia, ustalona przez Zamawiającego oraz w relacji pomiędzy cenami ofertowymi wzajemnie, dokonał wstępnej analizy ofert pod kątem elementów mających wpływ na wysokość zaofferowanych cen.
2. Analiza przeprowadzona została nie tylko pod kątem różnic pomiędzy oferowanymi cenami, a wartością przedmiotu ustaloną przez Zamawiającego; pod uwagę wzięte zostały również takie czynniki jak: relacje w ramach złożonych cen ofertowych oraz odniesienie cen ofertowych do cen oferowanych na rynku w analogicznych zamówieniach i analogicznym zakresie.
3. Wartość zamówienia obliczona przez Zamawiającego na podstawie zaktualizowanej w maju 2008 r. Wartości Kosztorysowej Inwestycji, powiększona o podatek VAT wyniosła 63 622 600 zł. Wartość ta odbiega znacznie od cen ofertowych, skalkulowanych przez Wykonawców na przełomie lat 2008 i 2009 i kształtujących się w przedziale od 57 146292 zł do 44 777 713 zł.
4. Stwierdzono, że istnieje liczna grupa pozycji kosztorysów inwestorskich, zwłaszcza w szeroko rozumianej grupie instalacji elektrycznych, wycenionych na szczególnie wysokim poziomie, co wpływa na w/w rozbieżności.
5. Celem zobiektywizowania wyceny inwestorskiej, do kosztorysów inwestorskich najwyżej wycenionych na etapie ich sporządzania, zastosowano zmniejszenie tych kosztorysów, które przewyższają uśrednione ceny złożonych kosztorysów ofertowych o więcej niż 25 %, zakładając, że odzwierciedlają one aktualną sytuację na rynku. W wyniku tego działania otrzymano (dla potrzeb analizy) wartość zamówienia w kwocie 59 617 869 zł, co oznacza różnicę w wysokości 4,2% w przypadku oferty najdroższej i 24,9 % w przypadku oferty najtańszej przy rozpiętości 21,6% między tymi ofertami, oraz różnicę w wysokości 12,5 % w przypadku oferty Odwołującego.
6. Ceny oferowane w niniejszym postępowaniu porównano również z wynikami rozstrzygniętych w zbliżonym okresie przetargów na roboty budowlane. Przedmiotem tych przetargów były roboty budowlane związane ze wznoszeniem obiektów zbliżonych pod względem wielkości i funkcji do budynku nowej siedziby izby i urzędu. Bardzo istotnym dla analizy czynnikami były: bliskie położenie porównywanych inwestycji i udział w przetargach tych samych wykonawców. Wnioski wynikające z przeprowadzonej analizy wskazują na to, że wartość zamówienia obliczona na

poziomie 63,6 mln zł nie może stanowić jedyne punktu odniesienia do oferowanych cen, ponieważ kosztorysy inwestorskie opracowywane zostały na podstawie średnich cen katalogowych i mogą nie odzwierciedlać rzeczywistych cen rynkowych, co z kolei powoduje nieuwzględnienie aktualnej sytuacji na rynku.

7. Przeliczona na potrzeby niniejszej analizy wartość przedmiotu zamówienia w wysokości 59,6 mln zł nie daje podstaw do uznania za rażąco niskie ofert z najniższymi cenami, złożonymi w przedmiotowym postępowaniu.

## II. Co do zarzutów związanych z niezgodnością treści ofert z treścią SIWZ:

1. Zamawiający rozpatrzył wyjaśnienia złożone w tym zakresie BUDIMEX DROMEX S.A i POLIMEX-MOSTOSTAL, które wskazują, że wykonawcy ci podtrzymują złożone w ramach ofert oświadczenia o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, tj. z zastosowaniem urządzeń tą dokumentacją przewidzianych, przez co należy rozumieć, że zdaniem wykonawców, nie zachodził obowiązek wypełnienia załącznika nr 7 do oferty poprzez wskazanie rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych projektem.
2. Błędne jest utożsamianie przez Odwołującego pojęcia „zakończenia produkcji” z pojęciem „niedostępności na rynku”
3. Zamawiający przyjął również oświadczenie BUDIMEX DROMEX S.A, złożone w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, że kwestionowane przez protestującego urządzenia są na rynku dostępne, zostały przez niego uwzględnione w ofercie, która w tym zakresie jest poparta ofertami podwykonawców.

Odnosząc się do analogicznego zarzutu co do oferty SANDO Zamawiający stwierdził, że zarzut ten jest zasadny. Zamawiający wezwał bowiem SANDO do złożenia dodatkowych wyjaśnień, z których wynika, że: wykonawca istotnie deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia (w tym w zakresie kwestionowanych instalacji teleinformatycznych) z zastosowaniem urządzeń zamiennych. Wykonawca uznał jednakże, że nie jest zobligowany do ujawnienia tych urządzeń w załączniku nr 7 do oferty Wobec nie spełnienia wymogów SIWZ w tym zakresie oferta taka podlega odrzuceniu.

Odwołujący nie godząc się z tak dokonany rozstrzygnięciem protestu złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie zostało złożone – jak wynika z daty stempla pocztowego operatora publicznego - w dniu 6 marca 2009 r. i w tej samej dacie jego kopia została przekazana Zamawiającemu.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyła firma BUDIMEX-DROMEX S.A. (wpływ do Prezesa UZP: 16 marca 2009 r.).

Składając odwołanie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Przystępującego;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w tym z zastosowaniem procedury określonej w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podtrzymał podniesione w proteście zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDIMEX DROMEX S.A. oraz wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX DROMEX S.A. oraz wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL mimo, że oferty złożone przez tych wykonawców zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX DROMEX S.A. i POLIMEX-MOSTOSTAL mimo, że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 7 ust. 3 i 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty niezgodnie z ustawą i nierówne traktowanie Wykonawców.

Odwołujący, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów z protestu dotyczących oferty SANDO, nie podtrzymywał ich w odwołaniu.

W szczegółowej argumentacji dotyczącej podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

I. Co do zarzutu niezgodności treści ofert z treścią SIWZ i naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy:

- 1) W odpowiedzi na wniosek Wykonawcy o aktualizację wykazu urządzeń aktywnych instalacji teleinformacyjnej z uwagi na to, że są niedostępne na rynku, złożony na etapie SIWZ, Zamawiający w piśmie z dnia 30.12.2008 (nr pisma: LO/25 1-0002-08-30409) wyjaśnił, że w wycenie ofertowej należy przyjąć urządzenia

występujące w dokumentacji projektowej (zał. nr 1 do SIWZ) i aktualizacji dokumentacji (zał. nr 9 do SIWZ) lub równoważne, a w przypadku, gdy ww. urządzenia nie są dostępne należy przyjąć urządzenia im równoważne i ujawnić je w załączniku nr 7 do SIWZ. W ofertach BUDIMEX-DROMEX S.A. i POLIMEX-MOSTOSTAL, mimo że na rynku nie są dostępne ww. urządzenia aktywne w instalacji teleinformacyjnej wykonawcy ci oświadczyli (w załączniku nr 7), że przedmiot zamówienia zostanie wykonany z materiałów i urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej. Wobec faktu, że ww. urządzenia nie są produkowane od 2008r., nie są dostępne na rynku i nie będą mogły być dostarczone w 2011r. (termin montażu), wykonawcy zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego powinni ujawnić w załączniku nr 7 urządzenia im równoważne (zamienniki). Uchybienie to powoduje, że treść oferty w tym zakresie nie odpowiada treści SIWZ, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. Brak dostępności części urządzeń aktywnych w instalacji teleinformacyjnej powoduje, że oświadczenie ww. wykonawców złożone w załączniku nr 7, że zobowiązują się wykonać przedmiot zamówienia z użyciem materiałów i urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej jest – w ocenie Odwołującego - nieprawdziwe.

- 2) Odwołujący dokonał szczegółowego sprawdzenia rynku i z informacji uzyskanej od sprzedawców i producenta przedmiotowych urządzeń, wynika, że konkretne wymienione urządzenia nie są już dostępne w sprzedaży.
- 3) Ww. zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego na etapie protestu w stosunku do oferty SANDO, która została odrzucona w niniejszym postępowaniu, tym bardziej w ocenie Odwołującego – wątpliwości budzi okoliczność, że dla czterech wykonawców biorących udział w tym przetargu nie ma wątpliwości, że ww. urządzenia są niedostępne.
- 4) Zamawiający nie zbadał okoliczności związanej z dostępnością wskazanych urządzeń, a oparł się jedynie na głośnym oświadczeniu BUDIMEX DROMEX S.A.

II. Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy i zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie BUDIMEX DROMEX S.A. i POLIMEX-MOSTOSTAL:

- 1) W trakcie otwarcia ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 63.622.600,00 złotych brutto. Kwota ta obejmuje wartość szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT i odzwierciedla wynikające z kosztorysu inwestorskiego realne koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Tymczasem oferta firmy BUDIMEX DROMEX S.A. opiewa na kwotę brutto 44.778.664,71 zł, a więc jest o 30% niższa od ww. kwoty, natomiast

oferta POLIMEX-MOSTOSTAL opiewa na kwotę brutto 48.365.287,90 zł, jest więc jest o 24% niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

- 2) Odwołujący wskazując na dorobek doktryny i orzecznictwa, które aprobuje pogląd, że cena rażąco niska to cena w sposób oczywisty i wyraźny zaniżona (wyrok z dnia 28 kwietnia 2008r.; sygn. akt: KIO/UZP 251/08), podniósł, że podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek ceny oferty do przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez Zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT. Gdy różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną oferty najkorzystniejszej jest „znacząca”, Zamawiający ma obowiązek ustalić, czy cena oferty nie ma cech ceny rażąco niskiej. Jako uzasadniająca przypuszczenie zaoferowania ceny rażąco niskiej przez wykonawcę Odwołujący wskazał różnicę między ceną oferowaną, a szacunkową wartością zamówienia w wysokości: 40 %, 30 %, 25 %-30 %. 3). W sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ma obowiązek odrzucenia oferty. Aby zrealizować -lub nie -ten obowiązek zamawiający ma obowiązek uprzedniego wszczęcia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 2 Pzp i wyjaśnić wątpliwości dlaczego cena danej oferty jest o 1/3 lub 1/4 niższa od prawidłowo ustalonej wartości szacunkowej zamówienia + VAT. Odwołujący wskazał, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy, a nie na Zamawiającym. Ww. przepisy określają procedurę jaką Zamawiający ma obowiązek zastosować jako czynność obligatoryjną, która musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.
- 3) Odwołujący wskazał jako przykładowe rażąco niskie ceny jednostkowe we wskazanych ofertach, które mają wpływ na całość ceny ofertowej ustalonej na bardzo niskim, rażącym, poziomie:
  - a) trzpienie JARDAHL zostały wycenione w kosztorysie 3.01 – stan surowy poz. 234 w ofercie POLIMEX-MOSTOSTAL po 50,71 zł/szt. (zaniżenie o ok.90%), a w ofercie BUDIMEX DROMEX S.A. - 267,88 zł/szt. (zaniżenie o ok. 50%) natomiast w kosztorysie 5.02 – parking, poz. 20 w ofercie POLIMEX-MOSTOSTAL -52,56 zł/szt. (zaniżenie o ok.90%) a w ofercie BUDIMEX DROMEX S.A. -277,28 zł/szt (zaniżenie o ok. 50% ), gdy tymczasem – jak wynika z oferty firmy JORDAHL, która przedstawiła ofertę wszystkim wykonawcom w niniejszym postępowaniu cena za dostawę tych trzpieni wynosi 134,80- euro, tj. 566 zł/szt.
  - b) - kolumny żwirowe KSS w ofercie BUDIMEX DROMEX S.A. w kosztorysie 2.01-wzmocnienie gruntu; poz. 3 zostały wycenione na 84,59 zł/m (zaniżenie



o ok. 42%), a w ofercie POLIMEX-MOSTOTAL - 100,0 zł/m (zaniżenie o ok. 31 %), gdy tymczasem firma Keller złożyła wszystkim wykonawcom w niniejszym postępowaniu ofertę na wykonanie kolumn żwirowych KSS z ceną 145 zł/m.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść ofert złożonych w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę treść protokołu z postępowania (druk ZP 1) oraz oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego, zawarte w proteście, odwołaniu, rozstrzygnięciu protestu oraz w przystąpieniach do postępowania protestacyjnego i odwoławczego i złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W związku z okolicznością, iż niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed datą wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając jednak na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy oraz okoliczność złożenia protestu w niniejszej sprawie w dniu 13 lutego 2009 r., (tj. po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych), skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, stosując przepisy działu VI ustawy w brzmieniu ustalonym przez przepisy wskazanej ustawy.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że uczestnikiem postępowania odwoławczego zgłaszającym skutecznie swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego jest firma BUDIMEX-DROMEX S.A.

Skład orzekający Izby ustalił również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu. Uwzględniając tę okoliczność Izba stwierdziła również, że została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, wskazująca na interes prawny po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie, co umożliwia odniesienie się do podniesionych w odwołaniu zarzutów. Uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego wyraża się bowiem w tym, że jego oferta nie została wybrana przez Zamawiającego, na skutek tego, że dwie inne oferty, sklasyfikowane przez Zamawiającego przed ofertą Odwołującego, nie zostały odrzucone, które to zaniechanie jest przez Odwołującego wskazywane jako niezgodne z przepisami ustawy.

Zatem uwzględnienie zarzutów Odwołującego dawałoby mu szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, skład orzekający Izby stwierdził, na podstawie dowodów zgromadzonych w sprawie, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do pierwszego z zarzutów, związanych z zaniechaniem wyjaśnienia przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dwóch złożonych ofert i, w dalszym etapie postępowania, odrzucenia tych ofert z powodu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy) skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń:

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zostało złożone niniejsze odwołanie, Zamawiający dokonał ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia na kwotę: 52 149 672,13 zł netto, tj. 13 450 690,49 euro. Powyższe wynika z protokołu postępowania (protokół postępowania - druk ZP – 1, pkt 2 protokołu). Po dodaniu do tej kwoty wartości podatku VAT, powyższe daje kwotę: 63 622 600,00 zł brutto.
2. Ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia Zamawiający dokonał w dniu 19 maja 2008 r. (również pkt 2 druku ZP – 1)
3. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia w wysokości: 63 622 600,00 zł brutto.
4. Otwarcie ofert odbyło się w dniu 23 stycznia 2009 r.
5. Wartości ofert złożonych w niniejszym postępowaniu na podstawie załącznika do protokołu postępowania (druk ZP 12) to:
  - 1) BUDIMEX-DROMEX S.A. – 44 778 664,71 zł brutto
  - 2) POLIMEX-MOSTOSTAL – 48 365 287,90 zł brutto;
  - 3) STRABAG Sp. z o.o. – 58 969 179,41 zł brutto;
  - 4) Konsorcjum MOSTOSTAL – 53 625 100,00 zł brutto;
  - 5) Konsorcjum SANDO – 57 105 624,92 zł brutto;
  - 6) Odwołujący – 52 190 575,37 zł brutto.

Uwzględniając powyższe ustalenia, skład orzekający Izby stwierdził, że brak było podstaw do występowania w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego do wykonawców, których oferty były najtańsze (oferta Przystępującego oraz POLIMEX-MOSTOSTAL) w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, tj. o wyjaśnienie, czy oferty te nie zawierają

rażąco niskich cen. Stosownie do przywołanego przepisu ustawy Zamawiający ma obowiązek wystąpić do wykonawców z takim zapytaniem, w sytuacji gdy cena ofertowa ma charakter ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wyraźnie więc odsyła do wyceny przedmiotu zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia: „cena rażąco niska”, powyższe oznacza przede wszystkim porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych danych usług, produktów, czy robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia. Skład orzekający Izby podziela w pełni to stanowisko, zwraca jednak uwagę na konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy właśnie do czynienia z taką indywidualną i szczególną sytuacją. Postępowanie to, prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, zostało wszczęte prawie rok temu, tj. w czerwcu 2008 r. Stosownie do dyspozycji art. 35 ust. 1 ustawy, przy zamówieniach na roboty budowlane, ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonuje się nie później niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania. Co prawda ust. 2 art. 35 ustawy nakazuje Zamawiającemu zmianę wartości zamówienia, w sytuacji zmiany okoliczności mających wpływ na wysokość tej ustalonej wartości, powyższe jednak dotyczy wyłącznie sytuacji, w której wskazana zmiana okoliczności nastąpiła po ustaleniu wartości zamówienia, a przed wszczęciem postępowania. Przeszacowania wartości zamówienia można bowiem dokonać najpóźniej do czasu wszczęcia postępowania (upublicznienia informacji o postępowaniu).

W analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustalenie wartości szacunkowej zamówienia – wedle oświadczenia złożonego na rozprawie przez Zamawiającego – dokonano się w maju 2008 r. (19 maja 2008 r. - protokół postępowania). Termin składania i otwarcia ofert, po podmiotowej kwalifikacji wstępnej wykonawców (ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), został natomiast wyznaczony na dzień 23 stycznia 2009 r. Pomiędzy datą sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, który – na podstawie art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy – stanowi podstawę ustalenia wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane, a terminem, w którym były przygotowywane i składane oferty w postępowaniu upłynął dość znaczny okres. W okresie tym dochodziło do znaczących zmian w gospodarce finansowej i produkcyjnej kraju, w tym na rynku robót budowlanych. Zmiany finansowo – gospodarcze doprowadziły w drugiej połowie 2008 r. do znacznego spadku cen na materiały i roboty budowlane. Nie sposób pominąć tej okoliczności przy ocenie cen ofertowych, złożonych w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, choć faktycznie przy odniesieniu ich do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia charakteryzują się niskim poziomem. W tym zakresie jednak

samodzielne odniesienie kwestionowanych cen ofertowych wyłącznie do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia byłoby nieuzasadnione. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy wskazuje bowiem na konieczność odniesienia ceny do przedmiotu zamówienia, co nie zawsze – tak jak w niniejszym przypadku – będzie wskazywało na konieczność oparcia się wyłącznie na szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT. W takiej sytuacji, jak oceniana, przy nagłej zmianie sytuacji rynkowej i cen panujących na tym rynku oraz długotrwałej procedurze udzielenia zamówienia, konieczne jest odniesienie się do aktualnych cen rynkowych.

Porównania takiego dokonał Zamawiający w niniejszym postępowaniu i skład orzekający Izby ocenił to pozytywnie, tym bardziej, że ceny pozostałych ofert nie odbiegają w sposób znaczący od siebie, zważywszy na charakter przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie uznał, że w odniesieniu do ofert Przystępującego oraz oferty POLIMEX-MOSTOSTAL konieczne było korzystanie przez Zamawiającego z procedury wyjaśnień cen w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W tym bowiem przypadku ocena złożonych ofert w stosunku do aktualnej wartości przedmiotu zamówienia (urynkowionej) nie pozwalała na postawienie domniemania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską, a więc niewiarygodną, za którą nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia bez ponoszenia strat przez wykonawcę.

Co do drugiego z zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia ofert Przystępującego oraz POLIMEX-MOSTOSTAL z uwagi na niezgodność ich treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń:

1. Zamawiający w postanowieniach SIWZ w pkt VIII ppkt 2.4 wskazał, że oferta powinna zawierać wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ, tj. Wykaz materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej. Załącznik ten zawierał alternatywną treść oświadczenia wykonawcy o zobowiązaniu do wykonania zamówienia bądź z użyciem materiałów i urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej, bądź też przy użyciu materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej z ich wyszczególnieniem.
2. Zamawiający w piśmie z dnia 30 grudnia 2008 r. (znak: LO/251-0002/08/30409), w odpowiedzi na pytanie nr 2 do SIWZ, udzielił następujących wyjaśnień: *„W wycenie ofertowej należy przyjąć urządzenia występujące w dokumentacji projektowej – zał. nr 1 do SIWZ i aktualizacji dokumentacji – zał. nr 9 do SIWZ lub równoważne. W przypadku gdy ww. urządzenia nie są dostępne należy przyjąć urządzenia im równoważne i ujawnić je w załączniku nr 7 do SIWZ. Wykaz*

*materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej”.*

3. W ofertach Przystępującego oraz POLIMEX-MOSTOSTAL złożono załącznik nr 7 z oświadczeniem tych wykonawców o wykonaniu zamówienia przy użyciu materiałów i urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej.

Uwzględniając powyższe ustalenia, skład orzekający Izby stwierdził, że brak było podstaw do odrzucenia wskazanych w odwołaniu ofert, z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ. Skład orzekający Izby nie stwierdził tej niezgodności, mając na względzie wymogi SIWZ, wraz z wyjaśnieniem jej treści oraz treść ofert Przystępującego oraz POLIMEX-MOSTOSTAL. Przywołani wykonawcy – tak jak wymagał tego Zamawiający – złożyli oświadczenie na załączniku nr 7 do SIWZ, wskazując, że wykonają przedmiot zamówienia przy użyciu materiałów i urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej.

Podstawą podnoszonych w tym zakresie zarzutów są twierdzenia Odwołującego, że niektóre z przewidzianych w dokumentacji projektowej urządzeń nie są już dostępne. W tym przedmiocie Odwołujący przedstawił tak na rozprawie, jak i przedkładając wraz z odwołaniem, dowody (korespondencja mailowa) potwierdzające, że niektórych urządzeń nie można uzyskać na rynku z racji:

- wycofania ich z oferty (pismo 3 COM Poland Sp. z o.o. z dnia 5 marca 2009 r.),
- niedostępności w sprzedaży (mail E Direct Sp. z o.o. z Warszawy z dnia 2 marca 2009 r.),
- niedostępności w „kanale dystrybucji” (mail z Orion Instruments Polska Sp. z o.o. z dnia 2 marca 2009 r.),
- zaprzestaniu produkcji (mail z KSK Kompleksowe Systemy Komputerowe Sp. z o. o. z Katowic z dnia 3 marca 2009 r.),
- braku kontynuacji produkcji (mail z YAMO Sp. z o.o. Oddział Katowice z dnia 3 marca 2009 r.),
- wycofania z produkcji i braku dostępności na rynku (mail z TECHNISERV Sp. z o.o. z dnia 4 marca 2009 r.)
- niedostępności w „kanale dystrybucyjnym” (mail z AdvaCom S p. z o.o. z Poznania z dnia 4 marca 2009 r.),
- niedostępności (mail z 3Com z dnia 21 stycznia 2009 r.),
- wycofaniu ze sprzedaży w oficjalnym kanale (mail z ZETO Sp. z o.o. w Lublinie z dnia 6 marca 2009 r.),
- niedostępności, tzn. brak pozycji w ofercie producenta (mail z Lumena z dnia 4 marca 2009 r.).

Skład orzekający Izby ustalił, że przedstawione przez Odwołującego dowody nie mogą stanowić podstawy uznania, że wymóg Zamawiającego, aby wykonawca złożył oświadczenie o możliwości dostarczenia określonych w dokumentacji projektowej urządzeń, nie został wypełniony. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy mieli jedynie potwierdzić, to, czy zamierzają dostarczyć urządzenia wymienione w dokumentacji projektowej, czy też zaoferować urządzenia równoważne. Jeśli wykonawca zaoferowałby urządzenia równoważne miałby wówczas obowiązek wyszczególnienia ich w treści oferty (załącznik nr 7). W kwestionowanych ofertach dwóch wykonawców takiej sytuacji nie ma. Wykonawcy ci oświadczyli, że zamierzają wykonać zamówienie przy użyciu urządzeń określonych w dokumentacji projektowej Zamawiającego. Tym samym wypełnili wymóg SIWZ i nie można w tym zakresie mówić o niezgodności treści ich ofert z treścią SIWZ.

Inną kwestią są argumenty Odwołującego, który wskazuje na niedostępność na rynku niektórych urządzeń, o których stanowi dokumentacja projektowa. Dowody przedstawione przez Odwołującego w tej mierze potwierdzają jedynie, że u określonych dystrybutorów, przedstawicieli handlowych, czy u jednego producenta nie ma możliwości pozyskania konkretnych urządzeń. Powyższe nie wyklucza jednak sytuacji, w której jakiś wykonawca będzie w posiadaniu takich urządzeń, ponieważ np. nabył je wcześniej. Niewykluczonej jest również, że udając się do innego dystrybutora będzie on w stanie zakupić owo urządzenie. Przedstawione przez Odwołującego dowody potwierdzają jedynie, że u określonych podmiotów, do których Odwołujący zwrócił się z zapytaniem o dostępność konkretnego urządzenia, czy urządzeń, dany wykonawca nie będzie mógł ich uzyskać. Nie potwierdzają w sposób bezsprzeczny natomiast, że inni wykonawcy (w tym Przystępujący oraz POLIMEX-MOSTOSTAL) nie będą mogli pozyskać tych urządzeń na etapie realizacji zamówienia albo ich już nie posiadają w swoich zapasach.

Zwrócić również należy uwagę, że Zamawiający na etapie składania ofert nie żądał od wykonawców uwiarygodnienia złożonego przez nich oświadczenia o potwierdzenie w jakiegokolwiek postaci możliwości dostarczania tych urządzeń, np. poprzez wskazanie konkretnych umów handlowych, z których wynikałoby, że dany wykonawca będzie mógł dokonać takiego zakupu, albo dowodów potwierdzających, że takich zakupów już dokonał i dane urządzenie / urządzenia są w jego posiadaniu.

Uwzględniając powyższe nie można w tym zakresie mówić o tym, że wskazani wykonawcy złożyli w postępowaniu oferty sprzeczne z treścią SIWZ.

Co do argumentu Odwołującego, że oferta SANDO w identycznej sytuacji została przez Zamawiającego odrzucona przy uwzględnieniu protestu, skład orzekający Izby uznał ten argument za nietrafny. W tym bowiem przypadku mieliśmy do czynienia z odmienną sytuacją. Z treści wyjaśnień uzyskanych od tego wykonawcy, wynikało, że wykonawca ten zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem urządzeń zamiennych, czyli

równoważnych, a jednocześnie nie jest zobligowany do ujawnienia tych urządzeń w załączniku nr 7. Tym samym zasadnie Zamawiający uznał, że oferta SANDO w tym zakresie jest sprzeczna z wymogiem SIWZ, który wskazywał na konieczność wyszczególnienia produktów zamiennych w załączniku nr 7. W kwestionowanych ofertach takiego problemu nie ma, bowiem wykonawcy zadeklarowali realizację przedmiotu zamówienia bez użycia produktów zamiennych, a przy zastosowaniu urządzeń ujętych w dokumentacji projektowej. Przywołany argument również nie przemawia za niezgodnością kwestionowanych ofert z SIWZ.

Tym samym skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów: art. 90 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....