

Sygn. akt: KIO 739/11

**WYROK**

**z dnia 19 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 kwietnia 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 kwietnia 2011 r.** przez wykonawcę **Trakcja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańska – Prezydenta Miasta Gdańska Urząd Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 8/12, reprezentowana przez Gdańskie Inwestycje Komunalne Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Trakcja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Trakcja Polska**

**Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Trakcja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59** na rzecz **Gminy Miasta Gdańska – Prezydenta Miasta Gdańska Urząd Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 8/12, reprezentowana przez Gdańskie Inwestycje Komunalne Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5** kwotę **3 651 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowe wykonanie robót budowlano-montażowych dla: Zadania 4.2 Budowa systemu zdalnego sterowania stacjami prostownikowymi, Zadania 4.3 Wymiana wyłączników szybkich w stacjach prostownikowych, w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej – etap III A zostało wszczęte przez Gminę Miasta Gdańska – Prezydenta Miasta Gdańska Urząd Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 8/12, reprezentowana przez Gdańskie Inwestycje Komunalne Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5 ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczonym w siedzibie zamawiającego, na jego stronie internetowej oraz opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2011r. za numerem 2011/S 31-051055.

W dniu 30 marca 2011r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania i o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo-Usługowego „ELESTER-PKP” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Pogonowskiego 81 (wykonawca wybrany) z najniższą ceną – 8 411 669, 64zł., oraz o rankingu pozostałych ofert tj. Trakcji Polska Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 (odwołujący) z ceną 8 545 344, 09zł. i Elektrobudowy Spółki Akcyjnej z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 12 (Elektrobudowa) z ceną 12 236 494,40zł.

W dniu 8 kwietnia 2011r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 20101r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz narusza zasady przejrzystości prowadzenia postępowania; art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego pomimo, iż wykonawca wybrany jako podwykonawca Elektroprojekt S.A. z siedzibą w Łodzi przygotowywało dokumentację projektową - „Zadanie nr 4.2 - Budowa systemu zdalnego sterowania stacjami prostownikowymi w Gdańsku”; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy

wybranego w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”). Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania czynności ponownego badania oraz oceny złożonych ofert; nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty, uznanie, iż oferta złożona przez odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. W uzasadnieniu podniósł, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się, w celu sporządzenia oferty, osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział w tych czynnościach nie utrudnił uczciwej konkurencji. Wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się, że „Samo uczestniczenie wykonawcy nie stanowi wystarczającej podstawy do wypełnienia dyspozycji normy wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Koniecznym warunkiem jest, aby udział wykonawcy prowadził do zachwiania konkurencji, tj. równowagi szans każdego uczestnika na uzyskanie zamówienia. Zatem jeżeli udział wykonawcy w czynnościach przygotowawczych nie utrudni uczciwej konkurencji, zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ocena musi być dokonywana w okolicznościach konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w wyniku uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania daje przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, udział takiego wykonawcy będzie mógł być oceniony jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostaje zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, jak również charakter przedmiotu zamówienia” (por. KIO/UZP 1858/10 z 9 września 2010). Odwołujący podniósł, że wykonawca wybrany wykonywał część dokumentacji projektowej dla Postępowania w tym m.in. projekt wykonawczy Zadanie Nr 4.2-Budowa systemu zdalnego sterowania stacjami prostownikowymi w Gdańsku Centrum Sterowania „Towarowa” Część elektroenergetyczna System zdalnego sterowania podstacjami. Zamawiający użył przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta oraz konkretne produkty. Znaki towarowe i nazwa producenta pojawiają się wielokrotnie w dokumentacji projektowej, opisach urządzeń, wykazach urządzeń i rysunkach wykonawczych np. Wskazał system BUSZ/CZAT, który jest mikroprocesorowym systemem zdalnego sterowania obiektowymi urządzeniami zasilania elektroenergetycznego trakcji tramwajowej (stacjami prostownikowymi trakcyjnymi 660V i łącznikami sieci trakcyjnej 660V) rozproszonymi terenowo, sterowanymi z Centralnej Dyspozytorni. System zdalnego sterowania składa się z urządzeń centrum sterowania umieszczonych w Dyspozytorni zlokalizowanej na piętrze w budynku przy podstacji „Towarowa” w Gdańsku przy ul. Trubadurów 4 i urządzeń

zdalnego sterowania (stanowiska sterowane) obejmujących: urządzenia zdalnego sterowania w stacjach i urządzenia zdalnego sterowania łącznikami sieci trakcyjnej." System BUSZ-CZAT jest systemem produkowanym przez wykonawcę wybranego. Zamawiający jednocześnie wyraźnie podkreślił w treści SIWZ, że wykonawca jest obowiązany do ścisłego przestrzegania ustaleń zawartych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowień SIWZ (por. SIWZ, rozdział III Opis przedmiotu zamówienia, pkt 5 Obowiązki Wykonawcy i warunki wykonania robót, ppkt 5 w brzmieniu: „Parametry techniczne oraz projektowane rodzaje materiałów zawiera dokumentacja projektowa. Wykonawca robót jest zobowiązany do ścisłego przestrzegania ustaleń zawartych w szczegółowych wymaganiach dotyczących realizacji robót branżowych określonych w projektach branżowych oraz Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB). Odwołujący przyznał, że zamawiający dopuścił co prawda zastosowanie rozwiązań równoważnych o parametrach nie gorszych niż wskazane w dokumentacji projektowej. Jednak brak określenia szczegółowych parametrów sprzętu i urządzeń a jedynie wskazania znaków towarowych i nazw producentów skutkują dla wykonawców stosujących „równoważne” urządzenia koniecznością przeprojektowania dokumentacji, co z kolei pociąga za sobą poniesienie dodatkowych kosztów, które powodują zwiększenie ceny oferty. Oczywistym jest, że oparcie się przez zamawiającego na dokumentacji projektowej wykonawcy wybranego skonstruowanej w taki sposób faworyzuje go w stosunku do innych wykonawców, w tym w stosunku do odwołującego. Odwołujący wskazał ponadto, że wykonawca wybrany przygotował m.in. kosztorys inwestorski zamówienia, przy czym wartość wskazana w kosztorysie została następnie przez zamawiającego bezpośrednio przyjęta jako wartość zamówienia na roboty budowlane oraz jako podstawa do zagwarantowania w budżecie kwoty na realizację zamówienia. Przewaga konkurencyjna wykonawcy wybranego polegała w tym kontekście na tym, iż kwota ta nie była znana innym wykonawcom na etapie przygotowywania oferty tym bardziej, że w postępowaniu cena stanowiła jedyne kryterium wyboru oferty.

W zakresie istnienia związku przyczynowego pomiędzy udziałem wykonawcy wybranego w przygotowaniu postępowania, a utrudnieniem uczciwej konkurencji w trakcie postępowania wskazał na wyrok KIO z 20 listopada 2008 r. (KIO/UZP 1243/08), wyrok KIO z dnia 30 lipca 2008 r. KIO/UZP 730/08 i wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 30 września 2008 r. sygn. akt VII Ga 36/08., wyrok z 2 grudnia 2008 r. (KIO/UZP 1303/08), wyrok KIO/UZP 920/09 z 31 lipca 2009 r. oraz na opinię prawnej UZP -"Wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania" zamieszczonej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), data publikacji 2010-05-17). Wskazał ponadto, że art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy został wyprowadzony z

orzecznictwa ETS i wskazał, na orzeczenie w sprawie C-34/03 z 3 marca 2005 r. i wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii). Odwołujący twierdzi, że udział wykonawcy wybranego w pracach przygotowawczych do postępowania miał miejsce. Ponadto, oczywiste jest również to, że wykorzystanie efektu tych prac przez zamawiającego sprawiło, że wykonawca wybrany uzyskał przewagę konkurencyjną względem pozostałych uczestników postępowania, w tym wobec odwołującego, oraz, że zaistniał związek przyczynowy pomiędzy bezpośrednim wykonywaniem przez wykonawcę wybranego czynności związanych z przygotowaniem postępowania, a utrudnieniem uczciwej konkurencji, którego zaistnienie jest niezbędne, aby zaktualizowała się przesłanka wykluczenia opisana w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, a także zamawiają naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy, ponieważ nie przygotował, a w szczególności nie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i powołał na tę okoliczność wyroki ETS w sprawie C-434/02 Arnold Andre; ETS w sprawie C-210/03 Swedish Match,). Odwołujący podkreślił, że nie mógł przypuszczać, iż ofertę w postępowaniu złoży wykonawca części dokumentacji projektowej tym samym nie mógł oprotestować tego zapisu tuż po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący domniemywał, iż wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia będą zmuszeni ponieść koszty przeprojektowania dokumentacji. Zatem każdy wkałkuje ten koszt w cenę oferty. I tym samym oferty te byłyby porównywalne. Co do porównywalności ofert powołał wyrok KIO z 5 września 2008 r. (KIO/UZP 867/08), wyrok KIO z 17 marca 2008 r. (KIO/UZP 192/08).

Wskazał także, iż oferta wykonawcy wybranego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż wykonawca wybrany w załączonym do oferty kosztorysie błędnie wpisał wartość w poz. 1.3.3 Podana wartości to „zero złotych”. Załączona do oferty Tabela Elementów Scalonych nie zawiera również poz. 1.4.2 dotyczącej Rozdzielniczy Prądu stałego. Pozycja ta została całkowicie pominięta w Tabeli. Z postanowień SIWZ wynika, że treść oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (por. pkt X.3 SIWZ - Opis sposobu przygotowania oferty). Tabele Elementów Scalonych są dokumentem stanowiącym podstawę wyceny oferty. Jak wynika z pkt. XII. 4 SIWZ wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani zostali do złożenia wypełnionych Tabel Elementów Scalonych sporządzonych wg wzoru załącznika nr 7 do SIWZ. Ponadto Tabele te stanowią podstawę do dalszych rozliczeń częściowych, co wynika bezpośrednio z Subklauzuli 1.8 Warunków Umowy stanowiących załącznik 6 do SIWZ. Zgodnie z tą klauzulą Wykonawca w terminie 21 dni od podpisania umowy dostarczy zamawiającemu uproszczony Kosztorys Robót stanowiący rozwinięcie Tabeli Elementów Scalonych w stopniu umożliwiającym rozliczenia wykonywanych Robót zawierający co najmniej ceny jednostkowe poszczególnych robót i ich ilości. W związku z powyższym

należy uznać, że brak złożenia pełnej wypełnionej Tabeli Elementów Scalonych wymaganej przez zamawiającego oznacza nieuwzględnienie w ofercie wykonawcy wybranego wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia. Brak części elementów oznacza ponadto, że zamawiający nie dysponuje istotnymi danymi, na podstawie których dokonane zostanie rozliczenie wykonanych prac, co wynika z Subklauzuli 1.8 Warunków Umowy. „Brak” nie stanowi omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 USTAWY, a tym samym nie może podlegać poprawie w tym trybie (por. KIO z 11 marca 2011 r. KIO/UZP 386/11). Powyższy zarzut uzasadnia, według odwołującego, również teza wyroku KIO z 2 grudnia 2008 r. (KIO/UZP 1306/08), w którym stwierdza się, że: „Mimo, iż Zamawiający wynagrodzenie za wykonanie zamówienia określił jako wynagrodzenie ryczałtowe, to jednak w postanowieniach SIWZ zawarł wyraźne postanowienie, iż wykonawcy zobowiązani są dołączyć kosztorys oferty. Skoro więc w złożonym przez Odwołującego kosztorysie, brak jest niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez Zamawiającego w przedmiarze robót powyższe stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ”.

Odwołujący wskazał, że jego interes w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie doznał uszczerbku w wyniku niezgodnej z prawem czynności zamawiającego w postaci dokonania oceny złożonych ofert oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego. Uszczerbek odwołującego polega na tym, iż odwołujący, wskutek rażącego naruszenia powołanych przez odwołującego przepisów ustawy, pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 kwietnia 2011r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego upoważnionych do łącznej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS, który załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 kwietnia 2011r.

W dniu 8 kwietnia 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11 kwietnia 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca wybrany. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż decyzja zamawiającego jest prawidłowa, a w przypadku jej zmiany w wyniku uwzględnienia odwołania wykonawca wybrany utraciłby możliwość wykonania umowy i poniósł koszty przygotowania oferty. Zgłoszenie przystąpienia zostało wniesione w formie elektronicznej za pośrednictwem ESP, zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym przez Danutę L. w okresie ważności certyfikatu. Do przystąpienia załączono kopię przystąpienia w pliku PDF, której treść nie jest tożsama z treścią zgłoszenia w formie elektronicznej, a w

szczegółności jest szersza o wniosek o oddalenie odwołania w całości i z ostrożności zgłoszenie sprzeciwu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Na kopii widnieją podpisy Prezesa zarządu i Członka zarządu ujawnionych w KRS, z którego odpis załączono do przystąpienia. Do zgłoszenia załączono także dowody przesłania zgłoszenia faksem zamawiającemu i odwołującemu w dniu 11 kwietnia 2011r.

W dniu 11 kwietnia 2011r. faksem do Izby wniosła zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego Elektrobudowa. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 22 marca 2011r. udzielone przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie z zasadami reprezentacji łącznej, ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do faksu. Dołączono także dowody przekazania zgłoszenia przystąpienia faksem zamawiającemu i odwołującemu w dniu 11 kwietnia 2011r.

W dniu 19 kwietnia 2011r. na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z ogłoszeniem, wyjaśnień zamawiającego treści siwz z dnia 8 marca 2011r. i 11 marca 2011r., protokołu ZP-PN wraz z załącznikami, wyceny szacunkowej robót budowlano – montażowych z dnia 7 października 2010r., informacji o wynikach postępowania, oferty Elester PKP PPHU sp. z o.o., ofertę z dnia 24 marca 2011r.

Na podstawie powyższych dowodów ustalono, co następuje :

Wartość szacunkową ustalono według opracowania studium wykonalności w dniu 7 października 2010r. i wskazano, że może ona ulec zmianie po otrzymaniu kosztorysu inwestorskiego.

W rozdziale III pkt 2 siwz zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, wskazując, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa realizacja robót budowlano montażowych dla zadań:

#### 1) 4.2 Budowa systemu zdalnego sterowania stacjami prostownikowymi

1. Stacja Bojowców - ul. Kalinowskiego 9
2. Stacja Towarowa - ul. Trubadurów 4
3. Stacja Chłopska - ul. Chłopska 55 a
4. Stacja Zaspą - Al. Rzeczypospolitej
5. Stacja Stogi - ul. Wosia Budzysza 1



- |                        |                        |
|------------------------|------------------------|
| 6. Stacja Grobla       | - ul. Długa Grobla     |
| 7. Stacja Oliwa        | - ul. Grunwaldzka 537  |
| 8. Stacja Aleja Wojska | - ul. Wita Stwosza 112 |
| 9. Stacja Nowy Port    | - ul. Władysława IV 12 |
| 10. Stacja Chełm       | - ul. Dragana          |

2) 4.3 Wymiana wyłączników szybkich w stacjach prostownikowych

- |                    |                 |
|--------------------|-----------------|
| 1. Stacja Grobla   | - 4 wyłączniki  |
| 2. Stacja Chłopska | - 7 wyłączników |

Wskazał także, iż wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy, a obowiązkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jest wykonanie całości robót przewidzianych w dokumentacji projektowej w cenie ryczałtowej z uwzględnieniem wymogów: przepisów prawa, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, dla uzyskania finalnego efektu określonego jako przedmiot zamówienia, a więc wykonanie zamówienia bez względu na występujące trudności i nieprzewidziane okoliczności, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji. Roboty będą realizowane w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. w Gdańsku.

Zgodnie z pkt 5 rozdziału III parametry techniczne oraz projektowane rodzaje materiałów zawiera dokumentacja projektowa. Wykonawca robót jest zobowiązany do ścisłego przestrzegania ustaleń zawartych w szczegółowych wymaganiach dotyczących realizacji robót branżowych określonych w projektach branżowych oraz Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB). Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot umowy zgodnie z dokumentacją projektową, Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i SIWZ z materiałów własnych. Materiały stosowane przez Wykonawcę do wykonania robót budowlanych powinny spełniać wszystkie wymagania określone przez przepisy prawa, w tym w szczególności przez ustawę z dnia 07.07.1994 r. prawo budowlane (Dz. U. nr 89, poz. 414 z 1994 roku z późniejszymi zmianami) oraz ustawę z dnia 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. nr 92, poz. 881 z 2004 roku z późniejszymi zmianami). Materiały te powinny odpowiadać co do jakości wymaganiom wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie (certyfikaty zgodności z polskimi normami lub aprobaty techniczne, deklaracje zgodności atesty itp.). W przypadku materiałów, dla których w/w dokumenty są wymagane, każda partia dopuszczona do wykonania robót będzie posiadać te dokumenty, określające w sposób jednoznaczny jej cechy. Produkty przemysłowe muszą posiadać w/w dokumenty wydane przez producenta, a

w razie potrzeby muszą być poparte wynikami badań wykonanych przez niego. Jakikolwiek materiał, który nie będzie spełniał tych wymagań będzie odrzucony.

W rozdziale XII zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny i postanowił, że kwota podana w ofercie wykonawcy jest ceną ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Cena powinna być podana w złotych polskich, w kwocie netto oraz z doliczeniem podatku od towarów i usług. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem Przedmiotu Zamówienia, w tym wszelkich kosztów odbiorów, uzgodnień wynikających z przepisów prawa, Umowie, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także koszty wszelkich innych działań wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako zobowiązania wykonawcy. Wraz z ofertą należy złożyć wypełnione Tabele Elementów Scalonych sporządzone wg wzoru załącznika nr 7 do SIWZ (pkt. 4 rozdziału XII siwz).

Zamawiający wskazał w rozdziale XIII, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

W załączniku nr 6 zamawiający zawarł warunki umowne, gdzie w Subklauzuli 1.8 [Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie], wskazał, iż najpóźniej w terminie 21 dni od podpisania Umowy Wykonawca dostarczy Zamawiającemu uproszczony Kosztorys Robót (TER), stanowiący rozwinięcie Tabeli Elementów Scalonych w stopniu umożliwiającym rozliczenia wykonywanych Robót zawierający co najmniej ceny jednostkowe poszczególnych robót i ich ilości.

Z dokumentacji projektowej załączonej do siwz wynika, że ELESTER PKP PPHU sp. z o.o. wykonywało dokumentację projektową Centrum Sterownia, projekty wykonawcze Centrum Sterownia, w tym część I ogólnobudowlaną – klimatyzacja oraz architektura i konstrukcja, część II elektroenergetyczną – instalacje elektryczne oraz system zdalnego sterowania, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót Centrum Sterowania –Towarowa.

W tych częściach dokumentacji wskazano konkretne rozwiązania techniczne i urządzenia np. dla klimatyzacji system Carrier, klimatyzator 42 HQE012N i 42 HQE009N z jednostkami zewnętrznymi 38 YE012 i 38 YE009, w architekturze na płyty OSB sufity kasetonowe systemu Armstrong, w projekcie instalacji elektrycznych na oprawy ORO 418W firmy Philips, oprawy typu Screen 8W, czy wyłącznik nadprądowy S301C16. W dokumentacji – projekcie wykonawczym Systemu zdalnego sterowania wskazano system Busz/Czat oraz urządzenia i oprogramowanie ze wskazaniem nazw własnych.

W wyjaśnieniach do siwz z dnia 8 marca 2011r. w odpowiedzi na pytanie 1 zamawiający poinformował, że przedmiar robót pełni funkcję pomocniczą, a ilości podane w przedmiarze mogą być ilościami szacunkowymi i nie będą uważane za faktyczne i poprawne ilości robót, których realizacji będzie wymagało się od wykonawcy w ramach ceny kontraktowej. Odpowiadając zaś na pytanie 6 wskazał, że dopuszcza zastosowanie rozwiązań (urządzeń) równoważnych o parametrach nie gorszych niż przytoczone w projekcie.

Zamawiający do pisma z 8 marca 2011r. załączył zmienioną tabelę elementów scalonych – załącznik nr 7 do siwz, gdzie w pozycji 1.3.3. (roboty instalacyjne elektroenergetyczne) wskazano próby pomontażowe, a pozycji 1.4.2 (stacja prostownikowa „BOJOWCÓW”) wskazano rozdzielnicę prądu stałego.

W ofercie wykonawcy ELESTER PKP PPHU Sp. z o.o. na stronie 59 w pozycji 1.3.3. wskazano wartość netto zł. – 0, a tabela elementów scalonych, załączona do oferty nie zawiera pozycji 1.4.2. Suma pozycji 1.4.1 .1 -0 1.4.11.3 nie daje wartości ogółem netto tych pozycji, a różnica pomiędzy pozycją „razem netto zł., a sumą pozycji 1.4.1.1. do 1.4.11.3 wynosi 304 225,59zł.

Z oferty handlowej z dnia 24 marca 2011r. wynika, że kompletne wyposażenie centrum zdalnego sterowania „Towarowa” może być zakupione przez odwołującego od producenta – Elester – PKP sp. z o.o. za kwotę 320 000 zł. netto.

#### **Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, znaną przez zamawiającego za niepodlegającą odrzuceniu, spośród dwóch ofert dopuszczonych przez zamawiającego do oceny ofert i w przypadku uwzględnienia odwołania i wyeliminowania oferty wykonawcy wybranego, uzyskałby zamówienie publiczne. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku działania zamawiającego w postaci kosztów sporządzenia oferty, oraz utraty zakładanego zysku z zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z art. 24 ust. 2 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego Elester-PKP Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „Elester-PKP”) pomimo, iż Elester-PKP jako podwykonawca Elektroprojekt S.A. z siedzibą w Łodzi przygotowywało dokumentację

projektową - „Zadanie nr 4.2 - Budowa systemu zdalnego sterowania stacjami prostownikowymi w Gdańsku”.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy nakazuje wykluczyć wykonawcę, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, chyba, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Aby zamawiający zobligowany był do wykluczenia wykonawcy na podstawie tegoż przepisu muszą zająć następujące przesłanki :

1. Bezpośrednie wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem postępowania – w ocenie Izby w odniesieniu do wykonawcy Elester – PKP sp. z o.o. przesłanka ta została ziszczona. Na podstawie załączonej do siwz dokumentacji projektowej wynika jednoznacznie, że Elester – PKP sp. z o.o. wykonywał część tej dokumentacji tj. projekt budowlany, projekt wykonawczy oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót dotyczącą jednej z lokalizacji inwestycji jakim jest Centrum sterowania „Towarowa”. Dla oceny czy dana czynność była wykonywana bezpośrednio w związku z przygotowaniem prowadzonego postępowania nie ma znaczenia istnienia czy rodzaju stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, a zatem argument zamawiającego, że zamawiający wykonanie dokumentacji projektowej zlecił innemu podmiotowi niż Elester –PKP sp. z o.o. nie ma dla oceny zaniechania zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy żadnego znaczenia. Przepis bowiem stanowi o faktycznie wykonywanych czynnościach niezależnie od podstawy prawnej ich wykonywania. Rozdział 2 ustawy opisuje czynności jakie wchodzi w zakres przygotowania postępowania. Do tych czynności zgodnie z art. 29 - 31 ustawy zalicza się opis przedmiotu zamówienia. Przedmiotem postępowania są roboty budowlane, zatem zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia na roboty budowlane zamawiający opisuje za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Oznacza to, że czynnością bezpośrednio związaną z przygotowaniem postępowania na roboty budowlane jest opracowanie dokumentacji projektowej i STWiORB. Art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy nie odnosi się także do zakresu czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem postępowania. Nie wskazuje, że wykluczeniu podlega tylko ten, kto wykonał całość opisu przedmiotu zamówienia, czy całość wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia. Zatem dla oceny, czy zamawiający zobowiązany był wykluczyć Elester - PKP sp. z o.o. nie ma także znaczenia fakt, że wykonawca wybrany wykonał jedynie część dokumentacji projektowej i STWiORB. W tym zakresie należy przyznać rację odwołującemu, że pierwsza z przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy

została spełniona, jednakże, aby zamawiający mógł zastosować art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy musi także dokonać ustalenia, czy zachodzi druga z przesłanek

2. Utrudnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez udział wykonawcy, który bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania. W ocenie Izby przesłanka ta nie zaistniała. Odwołujący ziszczenia się tej przesłanki upatruje w fakcie, że Elester – PKP sp. z o.o. sporządził część dokumentacji, oraz, że zamawiający włączył w opis przedmiotu zamówienia rozwiązanie techniczne oferowane właśnie przez tego wykonawcę. Tym samym, zdaniem odwołującego, udział takiego wykonawcy utrudnia uczciwą konkurencję. Izba uznała, że taka argumentacja prowadziłyby do uznania, że w każdym przypadku udziału w postępowaniu wykonawcy, który dokonywał jakichś czynności w przygotowaniu postępowania i uzyskał wiedzę co do tego postępowania, wykonawca taki podlega wykluczeniu. Izba zauważa jednak, że gdyby taka była wola ustawodawcy, to przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy ograniczałby się tylko do pierwszej omówionej przesłanki. Izba podkreśla, że to nie fakt udziału w przygotowaniu postępowania ma stanowić o utrudnieniu konkurencji, ale udział takiego wykonawcy w postępowaniu i złożenie przez niego oferty. Wbrew argumentacji odwołującego zawartej w odwołaniu Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał wyraźnie, że przepis prawa krajowego, który zabrania udziału osobie przygotowującej postępowanie w tym postępowaniu, bez umożliwienia jej wykazania, że uzyskane przez nią doświadczenie nie jest w stanie zakłócić uczciwej konkurencji, wykracza poza to co jest konieczne do osiągnięcia celu równego traktowania oferentów i może prowadzić do wykluczenia osobę, której udział nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla uczciwej konkurencji. ETS wskazał, że taki przepis prawa krajowego nie jest zgodny z przepisami unijnych dyrektyw – sygn. akt C-31/03 i C-34/03. Ustawodawca krajowy wprowadził do polskiego systemu tę interpretację dyrektyw w ten sposób, że nałożył na zamawiającego obowiązek badania przed wykluczeniem wykonawcy, czy udział wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo dokonał tego badania i wyciągnięte przez niego wnioski są prawidłowe. Przede wszystkim Izba zauważa, że Elester-PKP sp. z o.o. nie dysponował wiedzą wykraczającą poza własne opracowanie, a więc poza Centrum Sterowania „Towarowa”. W odniesieniu do kalkulowania oferty w zakresie pozostałych stacji znajdował się w identycznej sytuacji, jak pozostali uczestnicy postępowania. Jak wynika z dokumentacji projektowej tj. projektu wykonawczego – system zdalnego sterowania zaproponowane w dokumentacji projektowej rozwiązanie opiera się o rozwiązanie już istniejące, co potwierdził zamawiający na rozprawie i czemu nie przeczył także odwołujący. Rozwiązanie projektowane ma współpracować z

istniejącym systemem BUSZ/CZAT, do którego ma zostać włączone tworząc system komunikacyjny w Gdańsku, zatem okoliczność, że taki system może być przez wykonawców zaoferowany nie mogła budzić wątpliwości odwołującego, czy pozostałych uczestników postępowania. Izba nie podziela także stanowiska odwołującego zawartego w odwołaniu, że pozostali wykonawcy poza Elester –PKP sp. z o.o. musieli przeprojektować dokumentację, aby zaoferować rozwiązania równoważne. Sam odwołujący wskazał, że Elester – PKP sp. z o.o. umożliwia zakup swoich rozwiązań innym wykonawcom bez ograniczeń, czy utrudnień. Oczywiście może w tym zakresie kształtować inne ceny niż w przypadku kalkulacji własnej oferty, ale ponieważ system zdalnego sterowania jest tylko jednym z elementów całego zamówienia obejmującego także roboty budowlane, klimatyzację czy roboty elektryczne, brak jest podstaw do przyjęcia, że cena tego systemu może w znaczący sposób przekładać się na wartość całego zamówienia. Odwołujący tej okoliczności nie wykazał. Co więcej gdyby przyjąć, że system zdalnego sterowania powinien być ujęty w Tabeli Elementów Scalonych w pozycjach 1.3.1 – 1.3.3 co podnosił odwołujący na rozprawie, to odwołujący zaoferował w tych pozycjach rozwiązanie równoważne (jak sam wskazał), które jest tańsze od zaoferowanego przez Elester – PKP sp. z o.o. Ponadto z faktu, że Elester – PKP sp. z o.o. mógł zaoferować system opisany w dokumentacji postępowania, w ocenie Izby nie wynika jeszcze utrudnienie uczciwej konkurencji, zwłaszcza wobec faktu, że wykonawcy mogli oferować rozwiązania równoważne, a zamawiający w żaden sposób nie miał możliwości zweryfikowania tej równoważności na etapie składania ofert, bo nie żądał żadnego dokumentu potwierdzającego, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia określone wymagania zamawiającego. Również wymagania funkcjonalne czy technologiczne przyjęte w projektowanym systemie zdalnego sterowania nie były podstawą oceny ofert w postępowaniu, gdyż zamawiający ustanowił tylko jedno kryterium oceny ofert – najniższą cenę. Wiedza Elester – PKP sp. z o.o. pozyskana na etapie przygotowania części dokumentacji przetargowej nie przyczyniła się także do zwiększenia przewagi konkurencyjnej u tego wykonawcy z uwagi np. na termin wykonania zamówienia. Istotne w ocenie Izby jest także to, że oferta Elester-PKP sp. z o.o. jedynie nieznacznie odbiega pod względem ceny od oferty samego odwołującego tj. przy ofertach przekraczających w cenach brutto 8 mln złotych, oferta Elester – PKP sp. z o.o. jest tańsza o 133 674, 45zł. brutto. Izba uznała, że udział Elester-PKP sp. z o.o. nie utrudni uczciwej konkurencji w tym postępowaniu, a zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Elester-PKP w sytuacji, gdy oferta Elester-PKP jest niezgodna z treścią SIWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie podania ceny 0 zł. w pozycji 1.3.3 tabeli elementów scalonych, to wskazanie takiej ceny nie stanowi w ocenie Izby o nieodpowiadaniu treści oferty, treści siwz. Tabela elementów scalonych zawiera pozycje, jak sama nazwa wskazuje, w pewien sposób zagregowane. Zamawiający w siwz nie zawarł szczegółowych wytycznych, co do sposobu wypełnienia tabeli, ani związku tabeli z pozycjami przedmiarów załączonych do siwz. Nie określił także, że tabela elementów scalonych jest graficznym sposobem obliczenia ceny. Zamawiający w rozdziale XII podał jedynie, że tabela ma być załączona do oferty i sporządzona według załącznika nr 7 do siwz. O celu załączenia takiego dokumentu stanowi dopiero subklauzula 1.8 wskazując, że na podstawie tabeli elementów scalonych wykonawca na etapie wykonania umowy ma sporządzić uproszczony kosztorys robót, który ma być podstawą rozliczania poszczególnych etapów. Jednak nie sporządzenie takiego kosztorysu nie powoduje, że jego miejsce zastępuje tabela załączona do oferty, ale wówczas zamawiający będzie się rozliczał na podstawie KNR. Zatem znaczenie załącznika nr 7 do siwz jest jedynie pomocnicze i nie zmienia charakteru ryczałtowego wynagrodzenia. Ponadto zaoferowanie wykonania jakiegoś elementu zamówienia za wartość zero złotych nie przesądza to tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej części zamówienia, ale że albo nie przewiduje w tym przypadku powstania kosztów, albo skalkulować koszt demontażu w innej pozycji. W ocenie Izby podanie wartości zero zł. w jednej z pozycji tabeli nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Co do braku pozycji. 1.4.2 w tabeli elementów scalonych, to Izba uznała, że nie jest to niezgodność, której nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba zauważyła, że suma pozycji 1.4.1 – 1.4.11.3 nie równa się wartości razem netto i różnica ta wynosi około 304 tys. złotych. Jak wynika z analizy innych pozycji tabeli rozdzielnica prądu stałego może kształtować się w tej cenie. Wobec rozbieżności pomiędzy sumą pozycji, a wartością razem, należy stwierdzić, że wykonawca wybrany omyłkowo opuścił pozycję 1.4.2, na co wskazuje także układ tabeli, natomiast koszt rozdzielnicy prądu stałego w cenie uwzględnił. Zatem poprawienie tej niezgodności z treścią siwz jest dopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zwłaszcza, że nie spowoduje to zmian w zaoferowanej cenie. Zamawiający powinien dokonać poprawy tej omyłki i powiadomić o tym wykonawcę wybranego. Jednak dokonanie tej czynności, w żaden sposób nie zmienia sytuacji wykonawcy wybranego i pozostaje on związany zaoferowaną ceną ryczałtową podaną w formularzu ofertowym. Poprawienie tej omyłki prowadzi w swej istocie do ułatwienia stronom wzajemnych

rozliczeń na etapie wykonania zamówienia i nie ma wpływu na wynik postępowania. Izba zatem nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz narusza zasady przejrzystości prowadzenia postępowania

Wobec uznania przez Izbę, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz Izba uwzględniła koszty zamawiającego zastępstwa prawnego doliczając koszty związane z ustanowieniem pełnomocnika (poniesienie opłaty skarbowej) na podstawie przedłożonych rachunków z ograniczeniem wynagrodzenia pełnomocnika do maksymalnej kwoty dopuszczalnej w rozporządzeniu (§ 5 ust. 3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia). Izba nie uwzględniła natomiast kosztów związanych z dojazdem na rozprawę z uwagi na to, że uzasadnione koszty stron Izba uwzględniła na podstawie przedłożonych rachunków, a takim rachunkiem nie jest spis kosztów.

**Przewodniczący :**

.....