

Sygn. akt: KIO/UZP 786/08

**WYROK**  
**z dnia 12 sierpnia 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:           Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Członkowie:                 Małgorzata Stręciwilk**  
**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant:                Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: inż. Kazimierz Sobaniak, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „DROGBUD”, 34-222 Zawoja 1970 (Lider) oraz Franciszek Fryc, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowo-Mostowe „DROG-BUD”, 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, 31-542 Kraków, ul. Mogilska 25** protestu z dnia 14 lipca 2008r.

przy udziale

- **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLDIM S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kochanowskiego 37a (Lider) oraz Podhalańskie Drogi Sp. z o.o., 34-400 Nowy Targ, ul Składowa 12c,**
- **Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. 34-400 Nowy Targ, ul. Szafarska 102**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddała odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: inż. Kazimierz Sobaniak, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „DROGBUD”, 34-222 Zawoja 1970 (Lider) oraz Franciszek Fryc, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowo-Mostowe „DROG-BUD”, 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: inż. Kazimierz Sobaniak, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „DROGBUD”, 34-222 Zawoja 1970 (Lider) oraz Franciszek Fryc, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowo-Mostowe „DROG-BUD”, 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: inż. Kazimierz Sobaniak, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „DROGBUD”, 34-222 Zawoja 1970 (Lider) oraz Franciszek Fryc, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowo-Mostowe „DROG-BUD”, 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, 31-542 Kraków, ul. Mogilska 25,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: inż. Kazimierz Sobaniak, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „DROGBUD”, 34-222 Zawoja 1970 (Lider) oraz Franciszek**

**Fryc, prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowo-Mostowe „DROG-BUD”, 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3.**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego” w dniu 08.07.2008r. Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, poinformował Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjno - Handlowe „DROGBUD” inż. Kazimierz Sobaniak (Lider - Pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Budowlano - Drogowo - Mostowe „DROG-BUD” Franciszek Fryc (dalej Odwołujący) o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach zamówienia.

W dniu 14.07.2008r., pismem z tego samego dnia, Odwołujący wniósł protest, obejmując nim następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. ocena i wybór, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. (dalej PPDM) w Części V,
2. zaniechanie odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, w Części V,
3. zaniechanie zastosowania w stosunku do oferty złożonej przez PPDM trybu postępowania wyjaśniającego określonego w art 90 ustawy Pzp w związku z czym zaniechanie odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w przedmiotowym Części V,
4. zaniechanie wykluczenia PPDM z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp w Części V,
5. ocena i wybór, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum POLDIM S.A. i Podhalańskie Drogi Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum POLDIM) w Części IV,
6. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum POLDIM na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w Części IV,
7. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum POLDIM z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp w Części IV,
8. ocena i wybór, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez PPDM w Części III,

9. zaniechanie wykluczenia PPDM na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp w Części III.

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty PPDM w Części V,
2. odrzucenie oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w Części V,
3. zastosowanie przez Zamawiającego w stosunku do oferty złożonej przez PPDM trybu postępowania wyjaśniającego określonego w art. 90 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenie oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w Części V,
4. wykluczenie PPDM z na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w Części V,
5. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum POLDIM w Części IV,
6. odrzucenie oferty Konsorcjum POLDIM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w Części IV,
7. wykluczenie Konsorcjum POLDIM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w Części IV,
8. unieważnienie czynności wyboru oferty PPDM w Części III
9. wykluczenie PPDM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w Części III.

#### W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu

odnośnie zaniechania odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w Części V Odwołujący wskazał, że w Rozdziale II SIWZ zawarty został m.in. „Komplet Formularzy Tabel Elementów Rozliczeniowych dla zadania nr 5” oraz „Formularz Zbiorcze Zestawienie Kosztów dla zadania nr 5”. W Rozdziale IV SIWZ określony został „Opis Przedmiotu Zamówienia”. Załącznikiem nr 5.1 do SIWZ jest „Charakterystyka dróg objętych zadaniem nr 5 (Rejon Wadowice)”

W Rozdziale I SIWZ pkt 8 „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 8.4 Zamawiający postanowił, że oferta winna zawierać m.in. Tabele Elementów Rozliczeniowych dla części (zadań), na które jest składana oferta (ppkt 8.4.3). Zgodnie z ppkt 8.6 „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziałach I i II niniejszej SIWZ, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy”.

Zgodnie z pkt 10.3 „W oparciu o „Opis przedmiotu zamówienia” i kalkulacje własne, Wykonawca określi - we wszystkich Tabelach Elementów Rozliczeniowych - ceny jednostkowe, a następnie w tych formularzach wyliczy razem wartość netto” Ponadto zgodnie z pkt 10.5 „Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do tabel elementów Rozliczeniowych i Tabeli zbiorczej”.

Oferta PPDM nie odpowiada treści ww. określonych postanowień, ponieważ na str. 49 oferty dla Części V:

1. w Tabeli Elementów Rozliczeniowych - Tabela zbiorcza GRUPY 1 -11 SUMA - w ostatniej kolumnie „Wartość Razem” podane zostało, że jest to wartość wyliczona z sumy e+f+g+h+i+j+k+l. Tymczasem w Tabeli tej brak jest kolumn e, f, g,
2. pod Tabelą Elementów Rozliczeniowych - Tabela zbiorcza GRUPY 1 - 11 SUMA - znajduje się błędne zestawienie dróg objętych utrzymaniem. Podane zostały drogi objęte zadaniem nr 3 (Część III - Rejon Nowy Targ). Jest to niezgodne również z Załącznikiem nr 5.1 do SIWZ, gdzie określona jest „Charakterystyka dróg objętych zadaniem nr 5 (Rejon Wadowice).

Fakt, że w ofercie PPDM znajdują się oświadczenia o akceptacji wymagań SIWZ oraz akceptacji wzoru umowy, nie zapewnia zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie wpływa to na ocenę merytorycznej zawartości oferty, jest natomiast przejawem jej niespójności i wewnętrznej sprzeczności (tak wynika przykładowo z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.10.2005 r., sygn. akt V Ca 398/05, wyroku Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-41/05).

odnośnie zaniechania odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w Części V Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 10 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” pkt 10.2 „Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności w Rozdziale IV „Opis przedmiotu zamówienia” powinien w cenie oferty ująć wszelkie koszty związane z wykonaniem niniejszego zamówienia, w tym również koszty towarzyszące,, zaś zgodnie z pkt 10.3 „W oparciu o „Opis przedmiotu zamówienia i kalkulacje własne, Wykonawca określi - we wszystkich Tabelach Elementów Rozliczeniowych - ceny jednostkowe, a następnie w tych formularzach wyliczy razem wartość netto. Kwoty z pozycji „Razem wartość netto,, z poszczególnych Tabel Elementów Rozliczeniowych należy odpowiednio przenieść do Tabeli Zbiorczej Zestawienie Kosztów i w tym formularzu wyliczyć cenę oferty brutto. Cena oferty musi być wpisana do formularza „Oferta”.

Odwołujący podniósł, że całkowita cena za realizację podana przez PPDM w Części V jest ceną poniżej kosztów świadczenia usługi i ma na celu jedynie eliminację z rynku Odwołującego. W konsekwencji ma na celu wyłącznie doprowadzenie do sytuacji monopolizacji rynku w poszczególnych rejonach województwa małopolskiego przez firmę PPDM oraz powiązaną z nią (w szczególności poprzez te same osoby pełniące wymienne funkcje wspólnika, prokurenta, członka zarządu bądź rady nadzorczej) firmę Podhalańskie Drogi Sp. z o.o. (wchodzącą w skład Konsorcjum POLDIM). Przedmiotowe zamówienie

zostało podzielone na pięć części, z których cztery przypadły bądź PPDM bądź firmom z Konsorcjum POLDIM.

Porównanie cen wykonawców (37 129 197,90 zł - PPDM i 43 035 392,90 zł - Odwołujący) oraz kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (50 000 000,00 zł), świadczy o tym, że cena PPDM jest ceną rażąco niską, a złożona przez PPDM oferta jest czynem nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Fakt stosowania w zakresie Części V ceny poniżej kosztów świadczenia usługi potwierdza porównanie tej ceny z ceną PPDM z postępowania na tożsamą usługę obejmującą kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Wadowice sprzed trzech lat. Niektóre ceny jednostkowe wówczas zastosowane były wyższe aniżeli obecne, pomimo oczywistego wzrostu kosztów.

Zwrócił uwagę, że każda firma dąży do optymalizacji swoich kosztów i oferuje ceny w zależności od cen oferowanych przez rzeczywistą konkurencję, jednak nie można oferować cen rażąco niższych od innych przedsiębiorców, mając na celu wyeliminowanie z rynku tych innych przedsiębiorców. Firma PPDM obniżyła cenę w Części V wyłącznie w celu eliminacji firm Konsorcjum DROGBUD, ponieważ firma PPDM miała wiedzę, że Konsorcjum DROGBUD złoży ofertę w Części V przedmiotowego zamówienia. Cena zaoferowana przez PPDM w Części V jest ceną poniżej kosztów, a realizacja usługi w Rejonie Wadowic zostanie najprawdopodobniej „dofinansowana” z marży zastosowanej w cenie za realizację przez PPDM Części III (Rejon Nowy Targ). Wskazał, że w Części III została złożona tylko jedna oferta - firmy PPDM i firma ta miała świadomość, że tak będzie.

Odwołujący wskazał także, że warto porównać stosowane przez PPDM w swojej ofercie ceny jednostkowe z Tabel Elementów Rozliczeniowych w zakresie Części V z cenami jednostkowymi z Tabel Elementów Rozliczeniowych w zakresie Części III, w szczególności rażące są różnice w cenach jednostkowych dotyczących Grupy nr 10b - Zimowe utrzymanie dróg w Rejonie Wadowice oraz Grupy nr 10b - Zimowe utrzymanie dróg w Rejonie Nowy Targ. Tylko chęcią eliminacji innych przedsiębiorców można tłumaczyć fakt, że przykładowo cena jednostkowa za 1 km/dzień za gotowość do ZUD to dla PPDM w Rejonie Wadowic 30,00 zł, a w Rejonie Nowy Targ 70,00 zł. Ceny jednostkowe za 1 km/dzień za zapobieganie śliskości to dla PPDM w Rejonie Wadowic od 95,00 do 150,00 zł, a w Rejonie Nowy Targ od 150,00 do 260,00 zł. Ceny jednostkowe za 1 km/dzień za usuwanie śliskości to dla PPDM w Rejonie Wadowic od 130,00 do 230,00 zł, a w Rejonie Nowy Targ od 250,00 do 500,00 zł. Ceny jednostkowe za 1 km/dzień za odśnieżanie to dla PPDM w Rejonie Wadowic od 50,00 do 60,00 zł, a w Rejonie Nowy Targ od 70,00 do 80,00 zł.

odnośnie zaniechania wezwania w trybie art. 90 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w Części V Odwołującego stwierdził, że cena zawarta w ofercie PPDM (37 129 197,90 zł brutto) jest ceną nierzetelną, nierealną i nierynkową, nie wynika z racjonalnych i uczciwych decyzji ekonomicznych PPDM. Wycena PPDM świadczy o próbie uzyskania zamówienia po rażąco niskiej cenie, odbiegającej rażąco od ceny wykonawcy, który w przeciwieństwie do PPDM stosuje ceny rynkowe.

Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, przewidziane w art. 90 ustawy Pzp, w stosunku do oferty złożonej przez PPDM, celem ustalenia, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wartość zamówienia z podatkiem VAT określona w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego jest znacznie większa od ceny oferty PPDM. Oferta PPDM z jednej strony rażąco odbiega od wartości zamówienia określonej przez samego Zamawiającego, a z drugiej odbiega od rzetelnej ceny rynkowej stosowanej przez Konsorcjum DROGBUD.

odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy PPDM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ Rozdział I pkt 4.1 „Wykonawcy mogą złożyć ofertę na wykonanie maksymalnie dwóch ( ...) Części przedmiotu zamówienia”

Zgodnie z SIWZ Rozdział I pkt 6 „Warunki udziału w postępowaniu” ppkt 6.2.3 Zadanie nr 3” ppkt 6.2.3.3 „Potencjał techniczny” Wykonawca musi mieć do dyspozycji m.in. Sprzęt do zimowego utrzymania: g) Solarki - 17 szt., h) Pługi wirnikowe - 1 szt., i) Ładowarki - 6 szt., j) Równiarki - 3 szt., zaś zgodnie z SIWZ Rozdział I pkt 6 „Warunki udziału w postępowaniu „ppkt 6.2.5 Zadanie nr 5” ppkt 6.2.5.3 „Potencjał techniczny” Wykonawca musi mieć do dyspozycji m.in. Sprzęt do zimowego utrzymania: g) Solarki - 15 szt., h) Piaskarki lub dodatkowe solarki - 3 szt., i) Pługi lemieszowe - 4 szt., j) Pługi wirnikowe - 1 szt., k) Ładowarki - 4 szt., l) Równiarki - 3 szt. Wreszcie, zgodnie z pkt 6.3 „Wykonawca, który zamierza złożyć ofertę na jedno wybrane zadanie musi spełnić wszystkie warunki szczegółowe dotyczące tego zadania. Wykonawca, który zamierza złożyć ofertę na dwa zadania musi wykazać, że: (...) - dysponuje sprzętem wymienionym w pkt f) -l) warunku Potencjał techniczny - w łącznej ilości dla tych zadań, na które jest składana oferta.

Odwołujący podał, że na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 7.2.5 SIWZ należało przedłożyć do oferty „Informację o narzędziach i urządzeniach, będących w dyspozycji Wykonawcy („Potencjał techniczny”) wymaganych dla realizacji przedmiotu zamówienia, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 4. Informacja musi potwierdzać spełnienie warunku szczegółowego, o którym mowa w pkt 6.2 niniejszej Instrukcji.”

W ofercie PPDM znajduje się na stronach 57 - 59 oferty - „Potencjał techniczny/Formularz 4”, w którym PPDM oświadczyło, że składając ofertę na Część III i V „dysponuje w pełni sprawnymi jednostkami sprzętu i środkami transportu”. W pozycji 7 wykazu PPDM oświadczyło, że dysponuje następującym sprzętem: posypywarki SCHMIDT + pługi SNK 330 + samochody STEYER (3 szt.), solarki ACOMETIS + pługi SNK 330 + samochody MAN (2 szt.). Jako liczbę jednostek podano 5 szt. Jako formę dysponowania podano „użyczenie „KOMBUD” Łętownia”.

W pozycji 8 wykazu PPDM oświadczyło, że dysponuje następującym sprzętem: piaskarka PP-1 + pług + samochód STEYR (1 szt.). Jako liczbę jednostek podano 1 szt. Jako formę dysponowania podano „użyczenie „KOMBUD” Łętownia”.

W pozycji 11 wykazu PPDM oświadczyło, że dysponuje następującym sprzętem: ładowarka Ł 200 (1 szt.), ładowarka UN50 (1 szt.). Jako liczbę jednostek podano 2 szt. Jako formę dysponowania podano „użyczenie „KOMBUD” Łętownia”.

W pozycji 12 wykazu PPDM oświadczyło, że dysponuje następującym sprzętem: równiarka Bakłana 5 (1 szt.) Jako liczbę jednostek podano 1 szt. Jako formę dysponowania podano: „użyczenie „KOMBUD” Łętownia”.

Na stronie 67 oferty PPDM znajduje się „Zobowiązanie”, podpisane przez Franciszka Kowalczyka - właściciela Firmy Usługowo-Handlowej „KOMBUD” z siedzibą w Łętowni. Zgodnie z tym dokumentem firma ta „oświadcza, że posiada własny sprzęt do zimowego utrzymania, m.in.: 5 solarek, 1 piaskarka, 2 pługi wirnikowe, 2 równiarki, 2 ładowarki niezbędne do realizacji tego zadania i w przypadku wygrania przetargu przez Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. w Nowym Targu zobowiązuje się do użyczenia środków produkcji w terminie określonym w warunkach przetargowych”.

Odwołujący podniósł, że nieprawdziwe są podane informacje dotyczące sprzętu Firmy Usługowo-Handlowej „KOMBUD” z siedzibą w Łętowi. Firma ta według najlepszej wiedzy Odwołującego nie posiada na stanie wskazanego sprzętu. Sprzęt ten nie figuruje na jakiegokolwiek ewidencji środków trwałych lub innej podobnej dokumentacji tej firmy. Odwołujący uczestniczy w wielu przetargach i doskonale zdaje sobie sprawę z potencjału technicznego firmy KOMBUD. Ponadto podniósł, że sprzęt Firmy Usługowo-Handlowej „KOMBUD” został również wskazany jako „Potencjał techniczny” przez Konsorcjum POLDIM, które złożyło ofertę (wybraną przez Zamawiającego) w Części IV. Tymczasem z zapisów pkt 4.1 i 6.3 SIWZ wynika logiczny wniosek, że ten sam sprzęt wymieniony pkt f - I) warunku Potencjał techniczny może być wykorzystany tylko w trakcie realizacji jednego zadania (jednej Części). Biorąc pod uwagę ofertę PPDM - złożoną na realizację dwóch Części i ofertę Konsorcjum POLDIM - złożoną na realizację jednej Części, należy stwierdzić, że sprzęt firmy KOMBUD (o ile ta firma rzeczywiście by ten sprzęt posiadała) musiałby być wykorzystywany „równolegle” w tym samym czasie w różnych rejonach.



Odwołujący podnosi przy tym, że nie ma podstaw do uzupełnienia przez PPDM oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, ponieważ w razie stwierdzenia, że złożone przez wykonawcę informacje są nieprawdziwe, Zamawiający nie korzysta z art. 26 ust 3 ustawy Pzp - taka interpretacja znajduje pełne potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 60/08).

#### odnośnie zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum POLDIM w Części IV

W Rozdziale I SIWZ zawarty został m.in. „Komplet Formularzy Tabel Elementów Rozliczeniowych dla zadania nr 4” oraz „Formularz Zbiorcze Zestawienie Kosztów dla zadania nr 4.” W Rozdziale I SIWZ pkt 8 „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 8.4 Zamawiający postanowił, że oferta winna zawierać m.in. Tabele Elementów Rozliczeniowych dla części (zadań), na które jest składana oferta (ppkt 8.4.3). Zgodnie z ppkt 8.6 „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziałach I i II niniejszej SIWZ, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy”

Zgodnie z pkt 10.3 „W oparciu o „Opis przedmiotu zamówienia” i kalkulacje własne, Wykonawca określi - we wszystkich Tabelach Elementów Rozliczeniowych - ceny jednostkowe, a następnie w tych formularzach wyliczy razem wartość netto. Ponadto zgodnie z pkt 10.5 „Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do Tabel elementów Rozliczeniowych i Tabeli zbiorczej”

Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum POLDIM nie odpowiada treści ww postanowień, ponieważ na str. 39 oferty dla Części IV w Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupa 10b - Zimowe utrzymanie dróg w rejonie Kraków” brak jest podanej ceny jednostkowej za „usuwanie śliskości” w pozycji nr 2.3.

Oferta Konsorcjum POLDIM nie zawiera wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ. Konsorcjum POLDIM nie może uzupełnić oferty o brakujące elementy, ponieważ naruszałoby to nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale również przepisy art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, art. 140 i art. 144 ustawy Pzp.

Stwierdził, że w ofercie Konsorcjum POLDIM znajdują się oświadczenia o akceptacji wymagań SIWZ oraz akceptacji wzoru umowy, co jednak nie zapewnia zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie wpływa to na ocenę merytorycznej zawartości oferty, jest natomiast przejawem jej niespójności i wewnętrznej sprzeczności (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.10.2005 r., sygn. akt V Ca 3 98/05, wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-4 /05).

#### odnośnie zaniechanie wykluczenia Konsorcjum POLDIM w Części IV

Zgodnie z SIWZ Rozdział I pkt 6 „Warunki udziału w postępowaniu” ppkt 6.2.4 Zadanie nr 4” ppkt 6.2.4.3 „Potencjał techniczny” Wykonawca musi mieć do dyspozycji m.in. Sprzęt do zimowego utrzymania: g) Solarki - 23 szt., h) Pługi lemieszowe - 1 szt., i) Pługi wirnikowe - 2 szt., j) Ładowarki - 6 szt., k) Równiarki - 2 szt.

W ofercie Konsorcjum POLDIM znajduje się „Potencjał techniczny/Formularz 4”, w którym Konsorcjum POLDIM oświadczyło, że składając ofertę na Część IV „dysponuje w pełni sprawnymi jednostkami sprzętu i środkami transportu” - m.in. sprzętem Firmy Usługowo - Handlowej „KOMBUD” z siedzibą w Łętowi.

Odwołujący stwierdził, że nieprawdziwe są podane informacje dotyczące sprzętu Firmy KOMBUD. Firma ta według najlepszej wiedzy Odwołującego nie posiada na stanie wskazanego sprzętu. Sprzęt ten nie figuruje na jakiegokolwiek ewidencji środków trwałych lub innej podobnej dokumentacji tej firmy. Odwołujący uczestniczy w wielu przetargach i doskonale zdaje sobie sprawę z potencjału technicznego firmy KOMBUD

Ponadto podniósł, że sprzęt Firmy Usługowo-Handlowej „KOMBUD” został również wskazany jako „Potencjał techniczny” przez PPDM, które złożyło ofertę (wybraną przez Zamawiającego) w Części III i V. Tymczasem z zapisów pkt 4.1 i 6.3 SIWZ wynika logiczny wniosek, że ten sam sprzęt wymieniony pkt f) - l) warunku Potencjał techniczny może być wykorzystywany tylko w trakcie realizacji jednego zadania (jednej Części). Odwołujący podniósł przy tym, że nie ma podstaw do uzupełnienia przez Konsorcjum POLDIM oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W razie stwierdzenia, że złożone przez wykonawcę informacje są nieprawdziwe, Zamawiający nie korzysta z art. 26 ust 3 ustawy (wyrok KIO z dnia 13 lutego 2008 r. (sygn akt KIO/UZP 60/08).

#### odnośnie zaniechanie wykluczenia PPDM w Części III

Ze wskazanych powyżej przyczyn Zamawiający zaniechał również wykluczenia PPDM w Część III, pomimo, iż PPDM złożyło nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania sprzętem firmy KOMBUD, mające wpływ na wynik postępowania. Odwołujący podniósł taki sam zarzut jak w zakresie przedmiotu zamówienia Część V.

Wskazując swój interes prawny Odwołujący stwierdził, że gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, oferta Konsorcjum DROGBUD zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu w Części V. W zakresie Części III i IV Konsorcjum DROGBUD podnosi zarzuty, ponieważ są one związane z zarzutami podnoszonymi w zakresie Części V.

W dniu 16.07.2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum Firm: POLDIM S.A. i Podhalańskie Drogi Sp. z o.o. (po stronie Zamawiającego).

Konsorcjum to wskazało, że posiada interes prawny w przystąpieniu do protestu, ponieważ jego oferta złożona w tym postępowaniu w Części IV została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. W przypadku uwzględnienia bezzasadnych zarzutów zawartych w proteście „DROGBUD”, POLDIM mógłby zostać pozbawiony możliwości zawarcia umowy i realizacji zamówienia w zakresie dotyczącym wykonania części IV.

W uzasadnieniu przystąpienia Konsorcjum POLDIM podniosło, że „DROGBUD” nie jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia protestu albowiem nie jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu przetargowym w Części IV, a więc interes prawny „DROGBUD” w uzyskaniu zamówienia nie może doznać uszczerbku (UZP/ZO/0-445/07, UZP/ZO/0-655/07).

Dodał, że Zamawiający pismem z dnia 04.07.2008r. (znak GDDKiA-O/KR-R-2at/284/37omp4/2008) poinformował o dokonaniu poprawy w ofercie „POLDIM” oczywistej omyłki pisarskiej w Tabeli elementów rozliczeniowych Grupa nr 10b „Zimowe utrzymanie dróg w Rejonie Kraków w wierszu 2.3”, albowiem w analogicznych pozycjach dotyczących tej samej drogi, jak również innych dróg za usuwanie śliskości na drogach zbiorczych podana została wartość 150 00 zł. Nadto dokonana poprawa powyższej omyłki pisarskiej nie miała żadnego wpływu na cenę ofertową.

Konsorcjum wyjaśniło także, że przez pomyłkę podało firmę KOMBUD z Łętowic, gdy w rzeczywistości „POLDIM” ma zawarte porozumienie na udostępnienie sprzętu niezbędnego do wykonania zadania z firmą „KOMBUD” Sp z o.o. z siedzibą Ciężkowice ul. Krynicka 6. Odnosząc się do twierdzeń „DROGBUD”, iż „KOMBUD” z siedzibą w Łętowni nie dysponuje odpowiednim sprzętem wskazanym w dokumentacji przetargowej, Konsorcjum stwierdziło, że jest to przejaw wyłącznie spekulacji, nie popartych żadnymi przekonującymi argumentami, a przede wszystkim dowodami.

W dniu 17.07.2008r. do postępowania protestującego przystąpiło Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe (po stronie Zamawiającego) - Część III i V.

W uzasadnieniu przystąpienia PPDM podniósł, że Odwołujący w Części III i V nie złożył oferty, a zatem rozstrzygnięcie o wyborze oferty nie ma jakiegokolwiek wpływu na sferę jego praw i obowiązków, stąd też nie ma on interesu prawnego w jego rozstrzygnięciu.

Wskazał, że interes prawny PPDM w Części III wynika z faktu, iż jako jedyny złożył ofertę w tej części i oferta ta została wybrana przez Zamawiającego.

Interes prawny PPDM w Części V wynika z faktu, iż złożył on ofertę w tej części i oferta ta została wybrana przez Zamawiającego.

Wskazał, że zarzut Odwołującego odnosi się w swej istocie do uchybień co do formy sporządzenia oferty, nie zaś jej merytorycznej zawartości. Z treści załączonej do oferty „Tabeli Elementów Rozliczeniowych Tabela Zbiorcza GRUPY 1-11” jednoznacznie wynikają poszczególne zakresy i wartości robót składających się na przedmiot zamówienia zadania, Wymienienie w kolumnie „Wartość robót” liter „e, f, g” pozostaje bez wpływu na treść oferty i jest niczym innym jak oczywistą omyłką pisarską, zaś wymienienie pod tabelą poszczególnych zakresów robót składających się na zadania w ramach tego postępowania wraz z kilometrażem (zgodnym z przedmiotem zamówienia) bez przyporządkowania mu jakichkolwiek wartości także pozostaje bez wpływu na treść oferty i może być oceniana jedynie w kontekście niedochowania jej formy.

Dodał, że złożona oferta gwarantuje PPDM osiągnięcie zysku na zadaniu Część nr V. Ceny jednostkowe zawarte w przedmiotowej ofercie są wyższe od cen zawartych w ofercie PPDM, która była podstawą zawarcia umowy na lata 2006-2008. Dla przykładu w zakresie zwalczania śliskości (który to element stanowi zasadniczą część kosztów związanych z utrzymaniem dróg) w porównaniu do oferty złożonej na lata 2006-2008, na zadanie Część V założono wzrost cen: na drodze nr 28 o 57%, na drodze nr 52 o 56,5 %, na drodze nr 44 o 47,4 %. To złożoną przez Odwołującego ofertę należy ocenić jako zawierającą rażąco zawyżoną cenę.

Wskazał, że Zamawiający, przed otwarciem ofert, poprzestał na podaniu łącznej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie wszystkich zadań.

Zarzut Odwołującego odnoszący się do różnic w cenach jednostkowych ofert złożonych przez PPDM na zadania Część III i Część V zdaje się nie uwzględniać różnic w założonych przez Zamawiającego standardach zimowego utrzymania dróg na poszczególnych zadaniach, uwarunkowań lokalnych, tj. np. ukształtowania terenu, różnic klimatycznych, parametrów dróg (między innymi różnic w ich szerokości, występowaniem dróg dwujezdniowych i łącznic na zadaniu Część III). W odniesieniu do zadania Część V PPDM, z uwagi na uwarunkowania lokalne, także zróżnicował stawki w zakresie zimowego utrzymania dróg w odniesieniu do poszczególnych odcinków.

PPDM wskazał także, że Odwołujący i PPDM zapewne różnią się w ocenie pojęcia „godziwy zysk”. Analiza rachunków zysków i strat członków Konsorcjum Odwołującego prowadzi do wniosku, iż osiągnęli oni w roku 2007 odpowiednio około 16% i 28% zysku na sprzedaży produktów i usług i zrównanych z nimi, zaś PPDM zadowala się mniejszym zyskiem, co skutkuje różnicą w cenach złożonych ofert.

Wyjaśnił, że załączył do oferty wymagany przez SIWZ wykaz potencjału technicznego wraz oświadczenia właścicieli sprzętu o zobowiązaniu się do jego oddania do dyspozycji w celu realizacji przedmiotowego zadania. Niczym nie poparte, subiektywne przekonanie

skarżącego, iż Pan Franciszek Kowalczyk nie posiada wymienionego w wykazie sprzętu, nie może być podstawą wykluczenia PPDM z postępowania.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 22.07.2008r., które w tym samym dniu doręczono Odwołującemu, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z orzeczeniami arbitrów, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Zachodzi ona zatem wyłącznie w odniesieniu do treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. W ofercie PPDM, omyłkowe podanie pod Tabelą zbiorczą (stanowiącą załącznik nr 12 do Tabeli Elementów Rozliczeniowych) numerów dróg nie objętych przedmiotem zamówienia w części V, jest błędem formalnym i nie ma znaczenia dla merytorycznej oceny oferty. Istotnym jest, iż w opisie kolumn odniesiono się do prawidłowych odcinków i numerów dróg. Podobnie, wpisanie w kolumnie „m” przedmiotowej tabeli opisu: „Wartość razem zł e+f+g+h+i+j+k+l” podczas, gdy winno być „Wartość razem zł j+k+l” jest błędem formalnym. Zmiana opisu tej kolumny nie ma znaczenia, tym bardziej, iż kolumny e,f,g,h,i nie występują w powyższej tabeli, a Wykonawca podał w kolumnie „m” sumę prawidłowych pozycji

Dodatkowo wskazał, iż załącznik ten nie jest podstawą obliczenia ceny oferty. Jest to tabela pomocnicza, zawierająca wartości dla poszczególnych grup robót w podziale na każdą z utrzymywanych dróg. Wartości te są przeniesione z odpowiednich pozycji Tabeli elementów rozliczeniowych.

Zamawiający podniósł także, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z różnicą pomiędzy wartością szacunkową, powiększoną o VAT, a ceną oferty najkorzystniejszej w wysokości 24%. Różnica pomiędzy cenami ofert złożonych w części V wynosi 14%. Przedmiotem zamówienia są głównie usługi, gdzie na cenę składają się przede wszystkim koszty robocizny i koszty sprzętu, który w przypadku oferty PPDM w większości jest własnością PPDM.

Zdaniem Zamawiającego cena oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu nie jest rażąco niska. Jest ona niższa od wartości szacunkowej oraz konkurencyjnej oferty, jednakże, w opinii Zamawiającego, za tą cenę można wykonać zamówienie, przy założeniu, że Wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności

Jednocześnie Zamawiający oddalił zarzut zaniechania odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne.

Twierdzenie Odwołującego, iż cena oferty najkorzystniejszej za realizację przedmiotu zamówienia w części V jest poniżej kosztów świadczenia usługi i ma na celu jedynie eliminację z rynku firm wchodzących w skład Konsorcjum DROGBUD, nie zostało w żaden sposób udowodnione. Odwołujący nie przedstawił żadnych kalkulacji, z których wynikałoby, że zamówienie po zaoferowanej cenie wykonane będzie poniżej kosztów. Jedynie spekuluje na temat ewentualnych prób eliminacji z rynku, co nie potwierdza merytorycznymi i rzetelnymi dowodami.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia PPDM na podstawie art 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że na formularzu nr 4 „Potencjał techniczny” (str. 57 - 59 oferty) PPDM oświadcza, że dysponuje wymaganym sprzętem w ilościach odpowiednich dla zadania nr 3 i 5. W kolumnie nr 4 przedmiotowej tabeli podaje on formę dysponowania wykazanym sprzętem, gdzie część sprzętu jest własnością wykonawcy, a część ma być użyczona na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. Dodatkowo wykonawca przedłożył zobowiązania właścicieli użyczanego sprzętu do współpracy przy realizacji przedmiotowego zadania. Odwołujący stwierdził, iż nieprawdziwe są podane informacje dotyczące sprzętu firmy KOMBUD z siedzibą w Łętowni, jednak nie przedstawił na to żadnych dowodów.

Odnosnie zarzutów dotyczących części III i IV Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przedmiotowej sprawie nie może być mowy o naruszeniu interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ Konsorcjum DROGBUD w części III i IV niniejszego zamówienia nie złożyło oferty, a tym samym przestało być Wykonawcą w tym zakresie w rozumieniu ustawy Pzp.

W dniu 28.07.2008r. pismem z dnia 25.07.2008r., z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący ponowił zarzuty i argumentację, zawarte w proteście, żądając odpowiednio unieważnienia, nakazania powtórzenia lub wykonania wcześniej wskazanych czynności.

W dniu 06.08.2008r., pismem z dnia 04.08.2008r., do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. w Nowym Targu, ponawiając swoje żądania i argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

W dniu 11.08.2008r., pismem z dnia 04.08.2008r., do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum POLDIM S.A. i Podhalańskie Drogi Sp. z o.o., ponawiając swoje żądania i argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron i Przystępującego, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje:**

Zamówienie obejmuje następujące Części:

1. Część I - kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów, nazywana również zadaniem nr 1,
2. Część II - kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Sącz, nazywana również zadaniem nr 2,
3. Część III - kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Targ, nazywana również zadaniem nr 3,
4. Część IV - kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Kraków, nazywana również zadaniem nr 4,
5. Część V - kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Wadowice, nazywana również zadaniem nr 5.

W poszczególnych częściach Zamawiający dokonał następującego wyboru oferty najkorzystniejszej:

1. Część I - oferty złożonej przez POLDIM S.A. z ceną 67 967 192,03 zł brutto (była to jedyna złożona oferta),
2. Część II - oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych S.A. i Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe GODROM Sp z o.o. z ceną 38 687 381,69 zł brutto (była to jedyna złożona oferta),
3. Część III - oferty złożonej przez Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. z ceną 58 671 413,97 zł (była to jedyna złożona oferta),
4. Część IV - oferty złożonej przez Konsorcjum POLDIM S.A. i Podhalańskie Drogi Sp. z o.o. z ceną 70 790 722,79 zł brutto (była to jedyna złożona oferta),
5. Część V - oferty złożonej przez Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. (dalej PPDM) z ceną 37 129 197,90 zł. (na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego z ceną 43 035 392,90 zł).

Ustalając istnienie po stronie Odwołującego w Części III i IV legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w tym zakresie, ponieważ uwzględnienie przez skład orzekający Izby wszystkich podnoszonych przez niego zarzutów odwołania wobec najkorzystniejszych ofert, wybranych przez Zamawiającego w Części III i IV, nie doprowadziłoby do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, a to z tego powodu, że Odwołujący nie złożył ofert częściowych w tych częściach zamówienia.

Przyjmując za własny pogląd, znajdujący odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, tj., że interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, przy czym interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne i uzyskanie w nim wyniku polegającego na wyborze przez zamawiającego jego oferty. Biorąc pod uwagę wskazany stan faktyczny, skład orzekający Izby uznał brak legitymacji Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjno - Handlowe „DROGBUD” inż. Kazimierz Sobaniak (Lider - Pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Budowlano - Drogowo - Mostowe „DROG-BUD” Franciszek Fryc do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Ze względu na fakt, że interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, skład orzekający Izby zobowiązany był uznać, że protest wniesiony przez Odwołującego winien być przez Zamawiającego oddalony, a zarzuty merytoryczne pozostawione bez rozpoznania.

Ustalając natomiast istnienie po stronie Odwołującego w Części V zamówienia interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący interes prawny posiada, ponieważ uwzględnienie przez skład orzekający Izby podnoszonych przez niego zarzutów wobec oferty wybranej, złożonej przez Konsorcjum firm POLDIM S.A. i Podhalańskie Drogi Sp z o.o., doprowadziłoby do odrzucenia oferty tego wykonawcy i dawałoby mu szansę na uzyskania zamówienia w tej Części.

**Skład orzekający zważył, co następuje:**

odnośnie zaniechania odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W znajdującej się na stronie 49 oferty PPDM „Tabeli Elementów Rozliczeniowych - Tabela zbiorcza Grupy 1 - 11 SUMA” nie ma kolumn oznaczonych : „e”, „f” oraz „g”. Oznaczenia te ujęto natomiast w kolumnie „Wartość Razem {zł} }e+f+g+h+i+j+k+l”.



W ocenie składu orzekającego Izby, skoro kolumn oznaczonych „e”, „f” oraz „g” nie ma, to nie można im przypisać innej wartości jak „0”, a w konsekwencji, ich ujęcie w kolumnie „Wartość Razem {zł} }e+f+g+h+i+j+k+l” w żaden sposób nie wpływa na treść oferty PPDM zawartej w tej kolumnie, a zatem nie może być poczytane w inny sposób, jak tylko jako uchybienie formalne, pozostające bez jakiegokolwiek wpływu na merytoryczną zawartość oferty.

Na tej samej stronie oferty PPDM pod „Tabelą Elementów Rozliczeniowych - Tabela zbiorcza GRUPY 1 - 11 SUMA”, odnoszącą się do zadania nr 5, znajduje się zestawienie dróg objętych zadaniem nr 3.

W ocenie składu orzekającego Izby fakt ten pozostaje bez wpływu na ocenę zawartości merytorycznej oferty, ponieważ w samej tabeli prawidłowo ujęto zestawienie dróg objętych zadaniem nr 5, a dane pod tabelą nie mogą stanowić o wewnętrznej sprzeczności oferty, ponieważ dane pod tabelą nie są tożsame, co do danych zawartych w tabeli, tj. nie wskazano tam żadnych wartości, które czyniłyby ofertę wykonawcy PPDM wewnętrznie sprzeczną. Dane zawarte pod tabelą nie były w żaden sposób wyceniane przez wykonawcę, który w kalkulacji ceny ofertowej ujął jedynie elementy objęte przedmiotem zamówienia w tej części.

Wskazane powyżej uchybienia można zakwalifikować jedynie do uchybień formalnych, pozostających bez wpływu na treść oferty PPDM, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### odnośnie zaniechania odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący stwierdził, że cena zaoferowana przez PPDM jest ceną poniżej kosztów świadczenia usługi i ma na celu eliminację z rynku Odwołującego oraz, że porównanie cen wykonawców oraz kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia świadczy o tym, że cena PPDM jest rażąco niska, a oferta z taką ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (odwołanie - str. 9).

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołującego. Odwołujący w ogóle nie wskazał, jakie są koszty świadczenia usługi. Brak wiarygodnych informacji, co do tych kosztów, uniemożliwia ich porównanie do ceny ofertowej. Tym samym nie sposób poznać, jaka jest relacja tych wartości. To zaś oznacza, że nie ma podstaw do uznania, że złożenie oferty przez PPDM kwalifikuje się jako czyn nieuczciwej konkurencji, tym bardziej w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zauważyć bowiem należy, że nawet sprzedaż usługi poniżej kosztów świadczenia nie może być automatycznie uznana za działanie mające na celu eliminację konkurencyjnej firmy z rynku. Zarzut celowego wyeliminowania Odwołującego z rynku Odwołujący oparł jedynie na własnym przekonaniu,

utożsamiając przy tym złożenie oferty z ceną rażąco niską z celową eliminacją konkurencji z rynku, co na gruncie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest nieuprawnione.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

odnośnie zaniechania wezwania w trybie art. 90 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty PPDM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Odrzucenie przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi być następstwem stwierdzenia przez Zamawiającego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Aby stwierdzić, że cena wykonawcy jest ceną rażąco niską, konieczne jest jej porównanie z rzeczywistą wartością przedmiotu zamówienia. Za rzeczywistą wartość zamówienia można przyjąć szacunkową wartość zamówienia, ustaloną przez Zamawiającego, o ile dokonano tego z należytą starannością, zgodnie z art. 32 - 35 ustawy Pzp, powiększoną o podatek od towarów i usług VAT.

W toku przedmiotowego postępowania przetargowego żaden z wykonawców nie kwestionował prawidłowości oszacowania wartości zamówienia.

Wartość szacunkowa zamówienia, wskazana przez Zamawiającego w pkt. 2 Protokołu postępowania (Druk ZP-1), wynosi 311 501 394,87 zł, co po dodaniu stawki podatku VAT w wysokości 22%, daje kwotę 354 525 276,13 zł brutto. Jednak kwota ta zawiera, zgodnie z pismem - wnioskiem z dnia 12.05.2008r., zatwierdzonym przez Dyrektora Oddziału i Głównego Księgowego Oddziału, wartość robót uzupełniających w wysokości 71 884 937,28 zł brutto. Wartość szacunkowa zamówienia w przypadku Części V wynosi, zgodnie z tym pismem, 42 914 683,80 zł netto, 48 615 562,87 zł brutto. Wykonawca PPDM zaoferował realizację zamówienia za cenę 37 129 197,90 zł brutto. Z zestawienia tych kwot (brutto) wynika, że cena ofertowa PPDM stanowi ponad 76% rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22.06.1989 r. (C-103/88, Constanzo), niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu.

Stwierdzenie zatem wskazanej rozbieżności mogłoby oznaczać tyle i tylko tyle, że Zamawiający winien zwrócić się do PPDM o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Jednak stwierdzić także należy, że Zamawiający, szacując wartość zamówienia ma obowiązek wziąć pod uwagę najwyższą możliwą wartość, zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług, a więc zasadne jest założenie, że

oferta najkorzystniejsza będzie ofertą z ceną niższą niż rzeczywista wartość zamówienia. Co więcej, jak słusznie podniósł Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, przedmiotem zamówienia są głównie usługi, gdzie na cenę składają się przede wszystkim koszty robocizny i sprzętu, który w przypadku PPDM w większości stanowi własność tego wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę, a dodatkowo fakt, że cena oferty Odwołującego w wysokości 43 035 392,90 zł jest niższa od oferty kwestionowanej o 14%, to w ocenie składu orzekającego Izby, zasadne było przyjęcie przez Zamawiającego, że wskazana różnica jest wynikiem gry rynkowej i nie jest ceną rażąco niską oraz, że nie ma podstaw, aby wzywać PPDM do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający nie naruszył art. 90 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy PPDM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący, kwestionując prawdziwość oświadczenia złożonego przez Firmę Usługowo - Handlową „KOMBUD”, winien wykazać, zgodnie z przepisem art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp wskazujących, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, że Firma ta nie jest właścicielem wskazanego w oświadczeniu sprzętu. Tymczasem zarzut Odwołującego w tym zakresie jest gołosłowny, brak jest zatem podstaw, aby kwestionować prawdziwość oświadczenia Firmy Usługowo - Handlowej „KOMBUD” z dnia 24.06.2008r. dotyczącego sprzętu, będącego własnością tej firmy, które to oświadczenie zostało załączone do oferty PPDM. Nadto skład orzekający Izby wskazuje, że z punktu widzenia postanowień SIWZ, wystarczającym dokumentem, potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym potencjału technicznego był wykaz narzędzi i urządzeń (Formularz 4), który to wykaz wykonawca PPDM złożył. Wykazem tym Zamawiający nie obligował wykonawców do wskazania podmiotów, od których ewentualnie wykonawca zamierzałby sprzęt użyczyć, a tym bardziej do załączania dokumentów świadczących o zgodzie na użyczenie (najem) sprzętu, czy dokumentów świadczących o faktycznym dysponowaniu tym sprzętem przez ten podmiot.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu w Częściach III i IV na podstawie art. 191 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp.

Po pierwsze wskazać należy, że skorzystanie przez Izbę z przywołanego przepisu leży w gestii Izby, nie jest zaś podstawą do podnoszenia w treści odwołania zarzutów skutkujących nieważnością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po drugie, należy zwrócić uwagę, że przywołany przepis może być stosowany w sytuacjach nadzwyczajnych, jako wyjątek od generalnej zasady wynikającej z przepisu art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy, iż Izba orzeka w granicach zarzutów zawartych w proteście. Korzystanie przez wykonawców z prawa do podnoszenia zarzutów skutkujących nieważnością postępowania o zamówienie publiczne z urzędu, niejako przy okazji podnoszonych zarzutów, należy traktować jako czynienie ze swojego prawa użytku niezgodnego z jego przeznaczeniem (art. 5 Kc), szczególnie w sytuacji, gdy wykonawca, nie mogąc uzyskać zamówienia samodzielnie z powodu nie złożenia oferty, nie daje szans na uzyskanie tego zamówienia swoim konkurentom, a także uniemożliwia realizację zamówienia na rzecz Zamawiającego.

Prawo oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w toku postępowania odwoławczego przysługuje wyłącznie Izbie. Izba w takiej sytuacji powinna oprzeć się na podstawach do nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określonych w art. 93 ust. 1 ustawy w związku z treścią art. 146 ust. 1 ustawy, gdzie wskazuje się przesłanki nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do podejmowania kontroli całości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - uprawnienie takie przysługuje np. Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (art. 161 ust. 1 i 2 ustawy). Uwzględniając powyższe, przesłanki skutkujące nieważnością umowy, Izba - w ocenie składu orzekającego - powinna brać pod uwagę o tyle, o ile wiążą się one z rozpatrywanymi w odwołaniu zarzutami i o ile mają one bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawę do przyjęcia takiego twierdzenia stanowi przywoływany art. 191 ust. 3 ustawy, gdzie w pierwszej kolejności wskazuje się obowiązek orzekania w zakresie zarzutów podniesionych w proteście, a dopiero w drugiej kolejności na konieczność wzięcia pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujących nieważnością postępowania. Na powyższe wskazuje również cel, dla którego Krajowa Izba Odwoławcza została powołana, tj. rozpatrywanie odwołań od rozstrzygnięć protestów, a nie kontrola prawidłowości całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*