

Sygn. akt KIO/UZP 73/08

KIO/UZP 74/08

WYROK
z dnia 14 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Grzegorz Mazurek
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. RPM S.A. ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec,

B. wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

- 1) protestu **RPM S.A. ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec** z 3 stycznia 2008 r.,
- 2) protestu **wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice** z 4 stycznia 2008 r.

przy udziale **RPM S.A. ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie i Przedsiębiorstwo Budownictwa**

Inżynierskiego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Firmy HALLER S.A. oraz Zamawiającego – w zakresie pozostałych zarzutów.

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **RPM S.A. ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec i wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice** 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 wpisów uiszczonych przez Odwołujących, w tym:
 - A. 2.032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **RPM S.A. ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec,**
 - B. 2.032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice;**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 75.936 zł 00 gr (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy), z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołujących się, w tym:
 - A. 37 968 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **RPM S.A. ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec,**
 - B. 37 968 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ukształtowanie terenu obiektu „Północ” KWK „Jankowice” poprzez jego podniesienie do rzędnej 330 m npm celem uformowania obiektu rekreacyjno – widokowego z jednoczesnym zabezpieczeniem środowiska przed jego wpływami, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Postępowanie to jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 29 sierpnia 2007 r. pod numerem 2007/S 165-205009. Wartość przedmiotowego zamówienia (etapu II) wynosi 31.488.000 zł, tj. 7.177.570 euro.

Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była najniższa cena. Oferty złożyło 4 wykonawców:

- 1) Firma HALLER S.A. z ceną 26.527.680,00 zł – oferta ta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą,
- 2) RPM S.A. z ceną 27.464.640,00 zł,
- 3) ENERGOPOL – POŁUDNIE S.A. i CTL Maczki – Bór Sp. z o.o. z ceną 29.168.541, 39 zł – wykonawca został wykluczony z postępowania,
- 4) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. z ceną 31.013.255,39 zł – wykonawca został wykluczony z postępowania.

Informację o wyniku postępowania obaj Odwołujący otrzymali 28 grudnia 2007 r.

Odwołanie o sygn. KIO/UZP 73/08

3 stycznia 2008 r. RPM S.A. wniósł protest na dokonaną przez Zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty zarzucając mu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych wynikających z uzasadnienia protestu i wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Firmy HALLER S.A. jako najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenie z postępowania Firmy HALLER S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 3) dokonanie wyboru oferty RPM S.A. jako najkorzystniejszej.

Swoje zarzuty i żądania RPM S.A. uzasadnił następująco.

- 1) W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił, iż warunkiem ubiegania się o przedmiotowe zamówienie jest wykazanie się wykonaniem co najmniej dwóch robót

budowlanych odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, w tym nie mniej niż jednej rozliczonej końcowo i co najmniej jednej o wartości przekraczającej wartość 10 mln zł w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia tj. budowę obiektów z wykorzystaniem odpadów górniczych (pkt X.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Natomiast doświadczenie wykazane przez Firmę HALLER S.A. nie odpowiada powyższemu warunkowi udziału w postępowaniu. Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Firmę HALLER S.A. warunek ten miały potwierdzić roboty wykazane w punktach 1, 3 i 4 wykazu wykonanych robót budowlanych. Zdaniem RPM S.A. żadna z tych prac nie odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia jako roboty budowlane z wykorzystaniem odpadów górniczych:

a) poz. 3 wykazu dotyczy remontu i modernizacji, a nie budowy obiektu budowlanego, co, zgodnie z ustawą Prawo budowlane, wyklucza możliwość kwalifikacji takiej pracy jako spełniającej ten warunek, poza tym nie jest robotami budowlanymi wykonanymi z wykorzystaniem odpadów górniczych zmierzającymi do budowy (uformowania) obiektu budowlanego rekreacyjnego,

b) prace wymienione w poz. 1. i 4. nie stanowią wykonania obiektu budowlanego z wykorzystaniem odpadów górniczych, przedmiot zamówienia w poz. 4 – wykonanie prac adaptacyjnych zbiornika wodnego nie może być przyrównany do przedmiotu zamówienia, natomiast roboty z poz. 1 są dopiero w trakcie realizacji, więc, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) nie może być ona brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,

c) prace wymienione w punkcie 3 i 4 nie są robotami budowlanymi wykonanymi na podstawie pozwolenia na budowę – natomiast warunek wykazania się robotami wykonywanymi na podstawie pozwolenia na budowę został potwierdzony w pismach Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści dokumentów z 20 listopada 2007 r.

2) Oferta Firmy HALLER S.A. jest ofertą z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Potwierdza to fakt, iż Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy z prośbą o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyjaśnienia udzielone przez Firmę HALLER S.A. Podana przez Firmę HALLER S.A. wycena pozycji „Obsługa bocznicy kolejowej i rozładunek wagonów” na kwotę 3 gr/tonę pozostaje w rażącej dysproporcji z cenami pozostałych wykonawców 20 i 44 gr/tonę. Zdaniem RPM S.A. nie stanowi obiektywnych wyjaśnień stwierdzenie Firmy HALLER S.A., iż „koszty obsługi

bocznicy kolejowej i rozładunku odpadów zostały ujęte w odpowiednich pozycjach kosztorysu ofertowego jako materiał”.

Zamawiający nie rozstrzygnął powyższego protestu co, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznaje się za jego oddalenie. W związku z tym RPM S.A. 17 stycznia 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data stempla pocztowego), które wpłynęło 21 stycznia 2008 r.

W odwołaniu tym RPM S.A. podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w proteście.

Odwołanie o sygn. KIO/UZP 74/08

4 stycznia 2008 r. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. (zwane dalej EKOBUD – ENERGOPOL) wniosły protest zarzucając Zamawiającemu:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty Firmy HALLER S.A. pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) zaniechanie wykluczenia RPM S.A. mimo że podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione wykluczenie z postępowania EKOBUD – ENERGOPOL z innych niż przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych przyczyn,
- 4) nietraktowanie wszystkich wykonawców na równych prawach, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 5) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy

i żądając:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia EKOBUD – ENERGOPOL z postępowania oraz
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Firmy HALLER S.A., wykluczenia RPM S.A. z postępowania i wyboru jako najkorzystniejszej oferty EKOBUD – ENERGOPOL.

Swoje zarzuty i żądania EKOBUD – ENERGOPOL uzasadnił następująco.

- 1) Oferta Firmy HALLER S.A. powinna być odrzucona z uwagi na błąd w obliczeniu ceny ofertowej. W załączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia kosztorysie nakładczym dotyczącym budowy przypory (drogi technologicznej) w poz. 2. podano jedynie

nakłady sprzętu, tymczasem w kosztorysie ofertowym Firmy HALLER S.A. pozycja ta odpowiada pozycji nr 15 i uwzględnia oprócz nakładu sprzętu dodatkowo nakłady robocizny, co podniosło bezzasadnie cenę oferty o 644.976,99 zł netto. Błędu tego nie da się naprawić. Zawyżona cena przekłada się jednocześnie na błędne wyliczenie ceny jednostkowej, której podanie było wymagane specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W związku z tym, iż Firma HALLER S.A. nie sporządził kosztorysu ofertowego zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść jej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a błędu w obliczeniu ceny nie da się poprawić, jej oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2) RPM S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie X.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego kwalifikacji osób wykonujących zamówienie – m.in. trzech osób z uprawnieniami manewrowego potwierdzonych stosownymi dokumentami. Wykonawca ten nie przedstawił takich osób ani nie załączył stosownych uprawnień kolejowych – podlega więc wykluczeniu z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3) Wykluczenie EKOBUD – ENERGOPOL jest bezzasadne, ponieważ spełniają one warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i zarzut, że roboty ziemne, spełniające narzucone przez Zamawiającego kryteria cenowe i ilościowe, wykonywane były bez użycia odpadów górniczych, lecz z mas ziemnych, które również są odpadami, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania. Do realizacji robót ziemnych, bez względu na wykorzystywane materiały, stosuje się ten sam sprzęt, wymagane są takie same kwalifikacje osób nadzorujących roboty, prowadzi się identyczne badania zagęszczeń i używa tych samych technologii. Stawianie więc takich wymagań, jak również dopuszczenie wykazania robót w trakcie realizacji jest ewidentnym nadużyciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i powinno skutkować unieważnieniem postępowania. Jest także tylko warunkiem pozornym preferującym niektórych wykonawców i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi naruszeniami ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli oferty EKOBUD – ENERGOPOL, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie rozstrzygnął powyższego protestu co, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznaje się za jego oddalenie. W związku z tym EKOBUD – ENERGOPOL 17 stycznia 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data stempla pocztowego), które wpłynęło 21 stycznia 2008 r.

W odwołaniu tym EKOBUD – ENERGOPOL podtrzymał zarzuty podniesione w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty EKOBUD – ENERGOPOL i wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2) dokonania ponownej oceny ofert, a w jej efekcie – odrzucenie ofert Firmy HALLER S.A. i RPM S.A. i wybór jako najkorzystniejszej oferty EKOBUD – ENERGOPOL, lub alternatywnie
 - 3) unieważnienie postępowania z urzędu ze względu na wystąpienie w nim okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania,
- a także zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

28 stycznia 2008 r. do odwołania przystąpił RPM S.A. po stronie:

- 1) EKOBUD – ENERGOPOL – w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Firmy HALLER S.A. wnosząc o uwzględnienie odwołania w tym zakresie,
- 2) Zamawiającego – w zakresie pozostałych zarzutów, wnosząc o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

- 1) po analizie dokumentacji postępowania oraz wysłuchaniu zainteresowanych podczas rozprawy stwierdził, iż nie wystąpiły przesłanki unieważnienia postępowania z urzędu, ponieważ nie stwierdzono, że żądanie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych z wykorzystaniem odpadów górniczych jest naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nie stwierdzono, że żądanie wykazania robót wykonywanych, aczkolwiek niezgodne z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, miało wpływ na wynik postępowania.
- 2) obaj Odwołujący wykazali swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 3) odwołania nie zasługują na uwzględnienie

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów i żądań stwierdzić należy co następuje.

W odniesieniu do zarzutu i żądania odrzucenia oferty Firmy HALLER S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powodu rażąco niskiej ceny – Izba nie stwierdziła wystąpienia w tym przypadku wystąpienia rażąco niskiej ceny, a tym samym – naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych. RPM S.A. w swoim proteście i odwołaniu oraz podczas rozprawy odnosił się wyłącznie do dokonanego przez Firmę HALLER S.A. wyliczenia ceny dla jednej pozycji kosztorysu nakładczego, którego złożenia wymagał Zamawiający. Kosztorys nakładczy miał być sporządzony w celu wyliczenia ceny jednostkowej, która miała być podstawą obliczenia ceny całkowitej oferty oraz rozliczenia przyszłej umowy. RPM S.A. nie stawiał zarzutów ustalenia rażąco niskiej ceny ani w stosunku do ceny jednostkowej, ani całkowitej ceny oferty. Co więcej, podczas rozprawy stwierdził, iż nie wie, czy ceny te są cenami rażąco niskimi.

Ponieważ Zamawiający przy porównaniu ceny ofert brał pod uwagę ceny końcowe ofert, Izba porównała ceny tych ofert oraz ceny jednostkowe, które kształtują się następująco: Firma HALLER S.A. - 26.527.680,00 zł, cena jednostkowa 4,53 zł, RPM S.A. – 27.464.640,00 zł, cena jednostkowa 4,69 zł, ENERGOPOL – POŁUDNIE S.A. i CTL Maczki – Bór Sp. z o.o. – 29.168.541,39 zł, cena jednostkowa 4,98 zł, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. J. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. - 31.013.255,39 zł, cena jednostkowa 5,30 zł.

Z porównania powyższych cen wynika, iż różnica pomiędzy ceną Firmy HALLER S.A. a cenami pozostałych ofert, zwłaszcza oferty RPM S.A. nie jest znaczna, a na pewno nie jest to różnica, którą można uznać za rażącą. Cenę za rażąco niską można by uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z internetowym *Słownikiem języka polskiego PWN* rażący to: *rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży*. Cena oferty Firmy HALLER S.A. była niższa od cen pozostałych ofert oraz wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, ale nie rażąco.

W odniesieniu do zarzutu i żądania odrzucenia oferty Firmy HALLER S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z tym, iż Firma HALLER S.A. nie sporządziła kosztorysu nakładczego zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, więc treść jej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dodatkowo zawiera błąd w obliczeniu ceny – Izba nie stwierdziła wystąpienia w tym przypadku niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani błędu w obliczeniu ceny, a tym samym – naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarówno Odwołujący EKOBUD – ENERGOPOL, jak i Przystępujący RPM S.A. swoje twierdzenia o wystąpieniu błędu w obliczeniu ceny wywodzą z odpowiedzi Firmy HALLER S.A. udzielonej Zamawiającemu 29 listopada 2007 r. Z treści tego pisma wynika, iż Firma HALLER S.A. koszty „ludzkiej” obsługi bocznicy kolejowej i rozładunku odpadów ujęła w punkcie 2. kosztorysu, natomiast koszty obsługi bocznicy kolejowej i rozładunku odpadów ujęła w odpowiednich pozycjach kosztorysu ofertowego jako materiał, a pozostałe koszty związane z bieżącym utrzymaniem torów, rampy rozładunkowej oraz przejazdu kolejowego jak np. naprawy, czyszczenie itp. zostały ujęte w kosztach pośrednich.

Ze względu na przyznanie tego faktu przez Firmę HALLER S.A. Izba uznaje za udowodnione, iż Firma HALLER S.A. ujęła częściową wycenę obsługi bocznicy kolejowej i rozładunku odpadów w pozycjach innych niż poz. 2 kosztorysu nakładczego. Z uwagi jednak na to, iż:

- 1) kosztorys nakładczy służył jedynie wyliczeniu ceny jednostkowej, a tym samym ceny końcowej oferty,
- 2) poszczególne pozycje tego kosztorysu nie podlegały ocenie Zamawiającego,
- 3) zgodnie z punktem XVII ppkt 13 i 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena oferty miała być podana w tabeli „Formularza ofertowego” jako cena netto i brutto zgodnie z załącznikiem nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia,
- 4) Firma HALLER S.A. (zgodnie ze swoim twierdzeniem) ujęła wszystkie koszty wykonania zamówienia, jak wymagał tego Zamawiający w punkcie XVII.14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) ani EKOBUD – ENERGOPOL, ani RPM S.A. nie dowiódł, iż w ofercie Firmy HALLER S.A. nie zostały ujęte wszystkie koszty wykonania zamówienia

Izba stwierdziła, iż nie można uznać, iż treść oferty Firmy HALLER S.A. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ odpowiada jej merytorycznie, nawet jeśli uznać, iż zawiera ona błąd formalny polegający na tym, że sporny koszt został ujęty w innych pozycjach kosztorysu. W związku z tym nie można uznać także, iż cena oferty, zarówno jednostkowa (4,53 zł), jak i końcowa (26.527.680 zł) jest obliczona błędnie – zawiera ona „wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia”.

W odniesieniu do zarzutu i żądania wykluczenia z postępowania Firmy HALLER S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba nie stwierdziła wystąpienia w tym przypadku wystąpienia powyższych przesłanek wykluczenia Firmy HALLER S.A. z postępowania, a tym samym – naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy mogą wykazać się doświadczeniem wykonania co najmniej 2 robót budowlanych, w tym nie mniej niż jednej rozliczonej końcowo i co najmniej jednej o wartości przekraczającej 10 mln zł w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia tj. budowie obiektów z wykorzystaniem odpadów górniczych.

Izba zgadza się z Odwołującym i Przystępującym, iż sformułowanie „budowa” należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) Jeśli Zamawiający chciał nadać temu określeniu odmienne znaczenie, powinien był zamieścić stosowną informację w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak, jakkolwiek nie wszystkie roboty budowlane przedstawione przez Firmę HALLER S.A. w „Wykazie wykonanych robót budowlanych” potwierdzają spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, z przedstawionych dokumentów i referencji (na ile można wywieść z ich treści) wynika, iż

1) co najmniej jedne roboty wskazane w wykazie spełniają kryterium wykonania robót budowlanych o wartości przekraczającej 10 mln zł w zakresie budowy obiektów z wykorzystaniem odpadów górniczych, z daty wykonania i wystawionych referencji można wnioskować także, iż są one rozliczone końcowo,

2) co najmniej jedne roboty wskazane w wykazie spełniają kryterium wykonania robót budowlanych w zakresie budowy obiektów z wykorzystaniem odpadów górniczych, z daty wykonania i wystawionych referencji można wnioskować także, iż są one rozliczone końcowo.

Z kolei ani EKOBUD – ENERGOPOL, ani RPM S.A. nie przedstawiły dowodów na poparcie swoich twierdzeń, iż żadne z przedstawionych robót budowlanych nie odpowiadają warunkom postawionym przez Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu i żądania wykluczenia z postępowania RPM S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie spełnia ona warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie X.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego kwalifikacji osób wykonujących zamówienie – m.in. trzech osób z uprawnieniami manewrowego potwierdzonych stosownymi dokumentami – Izba nie stwierdziła wystąpienia w tym przypadku wystąpienia powyższej przesłanki wykluczenia RPM S.A. z postępowania, a tym samym – naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, w punkcie X.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący m.in. dysponowania „osobami posiadającymi uprawnienia z zakresu: uprawnienia kolejowe potwierdzone stosownymi dokumentami: -

osoba z uprawnieniami manewrowego – 3 osoby”. Jednocześnie w punkcie XII.4 Zamawiający stwierdził, iż na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mają przedstawić swoje oświadczenie o dysponowaniu osobami do realizacji zamówienia sporządzone wg załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie żądał więc przedstawienia przez wykonawców samych dokumentów potwierdzających te uprawnienia.

W związku z tym, iż RPM S.A. dołączyła do swojej oferty wymagane oświadczenie oraz przedstawiła podczas rozprawy dokumenty potwierdzające, iż przedstawione przez nią osoby posiadają uprawnienia manewrowego Izba uznała, iż zarzut przedstawiony przez EKOBUD – ENEROPOL nie znajduje uzasadnienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne wykluczenie z postępowania EKOBUD – ENERGOPOL, wobec przyznania przez Odwołującego w odwołaniu i podczas rozprawy, iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej wykonania robót budowlanych o wartości przekraczającej 10 mln zł przy użyciu odpadów górniczych – Izba uznała wykluczenie za uzasadnione, a tym samym nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a żądania odwołujących nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....