

Sygn. akt: KIO/UZP 393/09

KIO/UZP 397/09

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

**Członkowie: Małgorzata Rakowska
Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 i 15 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania - Lider Konsorcjum, Hydrobudowa 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.A. z siedzibą w Poznaniu, adres dla Lidera Konsorcjum: 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k/Poznania (sygn. akt KIO/UZP 393/09);

B. Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, STRABAG AG z siedzibą w Koln (Niemcy), DYWIDAG INTERNATIONAL GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), adres dla Lidera Konsorcjum: 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7 (sygn. akt KIO/UZP 397/09).

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 50-421 Wrocław, ul. Na Grobli 14/16** protestów z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 393/09) i z dnia 4 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 397/09) wniesionych do zamawiającego w dniu 5 marca 2009 r.

przy udziale wykonawców:

A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem protestu przez HYDROBUDOWA (sygn. akt: KIO/UZP 393/09):

1. Konsorcjum firm: **BUDIMEX DROMEX S.A. – Lider Konsorcjum, 01-040 Warszawa ul. Stawki 40, CADAGUA S.A. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), po stronie zamawiającego;**

B. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem protestu przez STRABAG (sygn. akt: KIO/UZP 397/09):

1. Konsorcjum firm: **Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą Wysogotowo k. Poznania - Lider Konsorcjum, 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k/Poznania, Hydrobudowa 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.A. z siedzibą w Poznaniu, po stronie odwołującego;**

2. Konsorcjum firm: **BUDIMEX DROMEX S.A. – Lider Konsorcjum, 01-040 Warszawa ul. Stawki 40, CADAGUA S.A. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), po stronie zamawiającego;**

orzeka:

1. oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania - Lider Konsorcjum, Hydrobudowa 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.A. z siedzibą w Poznaniu, adres dla Lidera Konsorcjum: 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k/Poznania (sygn. akt KIO/UZP 393/09) i Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, STRABAG AG z siedzibą w Koln (Niemcy), DYWIDAG INTERNATIONAL GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), adres dla Lidera Konsorcjum: 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7 (sygn. akt KIO/UZP 397/09)**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez

Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania - Lider Konsorcjum, Hydrobudowa 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.A. z siedzibą w Poznaniu, adres dla Lidera Konsorcjum: 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k/Poznania (sygn. akt KIO/UZP 393/09),

B koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, STRABAG AG z siedzibą w Koln (Niemcy), DYWIDAG INTERNATIONAL GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), adres dla Lidera Konsorcjum: 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7 (sygn. akt KIO/UZP 397/09).**

2) dokonać wpłaty kwoty 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:

A kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania - Lider Konsorcjum, Hydrobudowa 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.A. z siedzibą w Poznaniu, adres dla Lidera Konsorcjum: 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k/Poznania (sygn. akt KIO/UZP 393/09) na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 50-421 Wrocław, ul. Na Grobli 14/16** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego,

B kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, STRABAG AG z siedzibą w Koln (Niemcy), DYWIDAG INTERNATIONAL GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), adres dla Lidera Konsorcjum: 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7 (sygn. akt KIO/UZP 397/09) na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 50-421 Wrocław, ul. Na Grobli 14/16** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego,

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx

- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 426 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 713 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania - Lider Konsorcjum, Hydrobudowa 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.A. z siedzibą w Poznaniu, adres dla Lidera Konsorcjum: 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k/Poznania (sygn. akt KIO/UZP 393/09)**
- B** kwoty 17 713 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, STRABAG AG z siedzibą w Koln (Niemcy), DYWIDAG INTERNATIONAL GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), adres dla Lidera Konsorcjum: 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7 (sygn. akt KIO/UZP 397/09).**

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Zadanie B1 – Docelowy System Oczyszczania – Rozbudowa i Modernizacja Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków”*, oznaczone przez Zamawiającego jako sprawa: PN/64/2008/IP/B.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18.07.2008 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE: 2008/S 141 – 188932 z dnia 23.07.2008 r.

W piśmie z dnia 23.02.2009 r., przekazanym wykonawcom w tej dacie, za pomocą faksu, Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – złożonej przez Konsorcjum firm: BUDIMEX DROMEX S.A. z siedzibą w Warszawie – Lider

konsorcjum oraz CADAGUA S.A. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o wykonawcy wykluczonym z postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 05.03.2009 r. do Zamawiającego wpłynęły protesty wniesione przez:

I. Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania – Lider Konsorcjum oraz Hydrobudowa 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.A. z siedzibą w Poznaniu, zwane dalej „Konsorcjum Hydrobudowa” lub „Odwołującym”, na:

1. czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX S.A. z siedzibą w Warszawie oraz CADAGUA S.A. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), dalej: „Konsorcjum BUDIMEX DROMEX” oraz zaniechanie jej odrzucenia, pomimo iż oferta ta:

1) jest sprzeczna z przepisami Pzp oraz postanowieniami Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, poprzez nie spełnienie określonego w pkt 5.3.a SIWZ wymogu załączenia do oferty dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych, gdyż załączone do oferty dokumenty dotyczą:

a. robót budowlanych wykonanych w okresie wcześniejszym niż okres ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania,

b. robót budowlanych o zakresie (wydajność oczyszczalni ścieków) innym niż żądany przez Zamawiającego,

c. robót budowlanych, w których wykonaniu uczestniczyła CADAGUA S.A. z siedzibą w Bilbao w ramach konsorcjum, w którym nie była liderem,

d. robót budowlanych wykonanych przez CADAGUA S.A., które zostały odebrane z uwagami, a usterki nie zostały naprawione,

2) nie zawiera dokumentów wykazujących, iż wykonawca spełnia obowiązki wynikające z ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (j.t. Dz. U. z 2007 r. nr 39, poz. 251 ze zm.) i posiada uprawnienia do gospodarowania odpadami. Wykonawca nie przewidział podzlecenia zadania innemu podmiotowi (zadanie: usunięcie i unieszkodliwianie osadów ściekowych),

3) jest sprzeczna z przepisami Pzp oraz postanowieniami SIWZ poprzez nie wskazanie w ofercie wartości prac związanych z usuwaniem i unieszkodliwianiem osadów ściekowych we własnym zakresie, które to zadanie nie zostało przewidziane do podzlecenia, co miało istotny wpływ na cenę oraz znosi porównywalność ofert,

4) nie spełnia parametrów przedmiotu zamówienia publicznego wskazanych w SIWZ,

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, iż dokonał poprawienia oferty z naruszeniem przepisów Pzp, w szczególności w zakresie pozycji nr 1960.

Zarzucane nieprawidłowości winny skutkować wykluczeniem Konsorcjum BUDIMEX DROMEX z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniem jego oferty;

II. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, STRABAG AG z siedzibą w Koln oraz Dywidag International GmbH z siedzibą w Monachium – dalej „Konsorcjum STRABAG”, pomimo jej sprzeczności z przepisami Pzp oraz postanowieniami SIWZ, poprzez wskazanie w załączniku nr 8 „Wykaz prac zleconych podwykonawcom” – „prac instalacyjnych w zakresie odwodnień i sieci zewnętrznych”.

Odwołujący zarzucił także naruszenie przepisów Pzp poprzez dokonanie poprawki z wskazania „prac instalacyjnych w zakresie odwodnień i sieci zewnętrznych”, na „prace instalacyjne w zakresie odwodnień i ich sieci zewnętrznych”,

- co, zdaniem Odwołującego, winno skutkować wykluczeniem Konsorcjum STRABAG z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniem jego oferty.

Zdaniem Odwołującego, powyższe działania i zaniechania Zamawiającego naruszają przepisy Pzp, w tym:

1) art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 44 Pzp, poprzez nie wykluczenie Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, wobec braku spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu,

2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez nie wykluczenie Konsorcjum BUDIMEX DROMEX S.A., wobec nie złożenia przez wyżej wymienione Konsorcjum dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub złożenia dokumentów zawierających błędy,

3) art. 89 ust. 1 pkt 1-4 i 8 Pzp, poprzez nie odrzucenie ofert złożonych przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX i Konsorcjum STRABAG, wobec niezgodności tych ofert z ustawą, SIWZ, przepisami innych ustaw,

4) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców podczas oceny ofert złożonych w postępowaniu,

5) przepis art. 87 ust. 2 Pzp, poprzez poprawienie omyłek, które powodowały istotne zmiany w treści oferty, w tym omyłek nie podlegających poprawieniu.

Wskazując na powyższe zarzuty oraz na interes prawny Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia, jak również interes publiczny w efektywnym i legalnym wydatkowaniu środków publicznych, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu,
- 2) unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum BUDIMEX DROMEX,
- 3) dokonanie wykluczenia z udziału w niniejszym postępowaniu Konsorcjum BUDIMEX DROMEX,
- 4) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX – na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. Z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie na podstawie art. 89 ust. 1, 2, 4 lub 8 Pzp,
- 5) dokonanie wykluczenia z udziału w niniejszym postępowaniu Konsorcjum STRABAG,
- 6) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako nie podlegającej odrzuceniu i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż jego interes prawny w złożeniu niniejszego protestu polega na tym, iż jego oferta została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugiej pozycji, a w przypadku uwzględnienia protestu i dokonania wykluczenia Konsorcjum BUDIMEX DROMEX z udziału w niniejszym postępowaniu oraz odrzucenia oferty tego Wykonawcy Zamawiający będzie zobowiązany do wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego, jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

II. Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa, STRABAG AG z siedzibą w Koln (Niemcy), DYWIDAG INTERNATIONAL GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), zwane dalej „Konsorcjum STRABAG” lub „Odwołujący”, na:

- 1) czynność wyboru przez Zamawiającego, jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX;

2) zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, Konsorcjum Hydrobudowa oraz SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „SKANSKA”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum BUDIMEX DROMEX oraz oferty Konsorcjum HYDROBUDOWA, zawierających – w ocenie Odwołującego - rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.),

2) art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BUDIMEX DROMEX do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowej numeracji stron oferty oraz wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

3) art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum HYDROBUDOWA do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz uzupełnienia brakującego załącznika nr 6 – Wzór gwarancji należytego wykonania kontraktu na Roboty Budowlane „ZADANIE B1 – Docelowy system oczyszczania – rozbudowa i modernizacja Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków”;

4) art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty SKANSKA z powodu istotnej zmiany treści oferty, dokonanej w trakcie postępowania przetargowego już po złożeniu oferty, tj. w dniu 16.02.2009 r., poprzez zamianę osoby kierownika budowy, a także naruszenie art. 96 K.c. oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie treści załączonego do oferty pełnomocnictwa udzielonego panu Maciejowi Karwackiemu,

5) art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Zarzucając naruszenie wskazanych wyżej przepisów prawa, Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu oraz o:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. wyboru oferty Konsorcjum BUDIMEX DROMEX,
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu i w jej wyniku odrzucenie ofert: Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, Konsorcjum HYDROBUDOWA oraz SKANSKA,

3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w niniejszym postępowaniu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ złożył ofertę w pełni zgodną z SIWZ, która po uwzględnieniu zarzutów będących przedmiotem protestu jest ofertą najkorzystniejszą.

W dniu 09.03.2009 r. do postępowań protestacyjnych, na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 06.03.2009 r., swoje przystąpienia zgłosili:

I. Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Konsorcjum HYDROBUDOWA:

- 1) Konsorcjum STRABAG, oponując przeciwko żądaniu odrzucenia jego oferty;
- 2) Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, żądając oddalenia protestu w całości, z powodu jego niezasadności;
- 3) SKANSKA, żądając uwzględnienia protestu.

II. Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Konsorcjum STRABAG:

- 1) Konsorcjum Hydrobudowa, żądając oddalenia protestu wniesionego przez Konsorcjum STRABAG - w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum HYDROBUDOWA oraz kwestionując wniosek o dokonanie wyboru oferty Konsorcjum STRABAG;
- 2) Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, wskazując, iż protest jest niezasadny i powinien zostać oddalony w całości;
- 3) SKANSKA, wnosząc o oddalenie protestu Konsorcjum STRABAG w zakresie żądania odrzucenia oferty SKANSKA oraz o uwzględnienie żądania protestu odnośnie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum BUDIMEX DROMEX) i powtórzenia czynności oceny ofert, a także odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX oraz Konsorcjum HYDROBUDOWA.

Rozstrzygnięcie protestów Zamawiający zawarł w pismach z dnia 16.03.2009 r., które doręczone zostały Odwołującym w tej samej dacie.

I. Rozstrzygając protest wniesiony przez Konsorcjum HYDROBUDOWA, Zamawiający postanowił:

- uwzględnić protest w zakresie zarzutu dotyczącego poprawienia omyłek w ofercie Konsorcjum BUDIMEX DROMEX przez dokonanie czynności ich poprawienia,
- oddalić protest w pozostałym zakresie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, przede wszystkim:

1) Zamawiający uznał, iż Konsorcjum BUDIMEX DROMEX spełnia określony w pkt 5.1.3) a) SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia: wykonania należycie robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym czasie, polegające na budowie oczyszczalni ścieków wydajności min Ośrod = 25 000 m³/d, lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o wydajności min Ośrod=25000 m³/d, co należało wykazać poprzez przedłożenie wykazu wykonanych robót oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum BUDIMEX DROMEX wykazało się wykonaniem robót budowlanych polegających na budowie oczyszczalni ścieków ALBUFERA SUR o Ośrd = 34100 m³/, co wynika z poz. Nr 6 wykazu wykonanych robót, a należyte wykonanie tych robót potwierdzają referencje wydane przez przedstawiciela Ministerstwa Środowiska Hiszpanii. W ocenie Zamawiającego, w sytuacji gdy roboty te realizowane były przez konsorcjum, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca uprawniony był wykazać jako swoje doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum, niezależnie od tego jaką część prac faktycznie wykonywał.

2) Zamawiający stwierdził, iż BUDIMEX DROMEX nie był obowiązany dołączyć do oferty zezwolenie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 z późn. zm.), gdyż w SIWZ, w pkt 10 ppkt 3 „Zawartość oferty” Zamawiający nie zawarł wymogu załączenia do oferty tego zezwolenia.

Zamawiający stwierdził, iż w załączniku nr 8 do oferty złożonej przez BUDIMEX DROMEX brak jest wskazania prac w zakresie wywiezienia i utylizacji osadów ściekowych. Z treści tego Załącznika nie wynika bezwzględne zobowiązanie wykonawcy do powierzenia wskazanych w nim prac podwykonawcom, a jedynie deklaracja, jakie prace wykonawca zamierza podzlecić. Niewskazanie w Załączniku tym prac związanych z gospodarowaniem odpadami nie oznacza, że wykonawca nie może zlecić ich wykonania innym podmiotom, gdyż usługę tę traktować należy jako towarzyszącą robotom budowlanym, brak jest wymogu wskazania jej zakresu w tym Załączniku.

Zamawiający dokonał analizy wyceny pozycji 2505 oraz pozycji 2428 w kosztorysie ofertowym BUDIMEX DROMEX i uznał, że wycena tych pozycji nie jest rażąco niska, dlatego nie był obowiązany wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie tych elementów ceny.

3) Zamawiający nie uwzględnił zarzutu Odwołującego, że oferta BUDIMEX DROMEX zawiera omyłki skutkujące koniecznością jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wskazał na zawarty w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 obowiązek poprawienia omyłek i stwierdził, iż uwzględnia protest w ten sposób, iż dokona poprawy wskazanych omyłek pisarskich i innych omyłek nie powodujących zmiany treści oferty. Nie uwzględnił natomiast żądania odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę, gdyż w ocenie Zamawiającego, wskazane omyłki nie dają podstawy do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

4) Zamawiający nie uwzględnił zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający dokonał poprawienia omyłek w ofercie BUDIMEX DROMEX z naruszeniem art. 87 ust. 2 Pzp.

Stwierdził, że żadna ze wskazanych przez Odwołującego omyłek nie miała istotnego wpływu na treść oferty.

Zamawiający nie podzielił zarzutu, jakoby poprawienie treści wskazanych w proteście pozycji powodowało dysproporcję pomiędzy ich opisem, zaproponowaną przez Wykonawcę ceną. Wykonawca wyraził zgodę na poprawienie wskazanych omyłek, czym potwierdził zakres i wartość poszczególnych pozycji. Poprawienie opisu tych pozycji nie powodowało konieczności zmiany ich wartości. W szczególności wycena pozycji 1960 dokonana została na podstawie dokumentacji projektowej i STWiORB oraz odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego na pytania wykonawców i nie odbiegała od wyceny tego samego zakresu przez innych wykonawców. Zdaniem Zamawiającego BUDIMEX DROMEX dokonał wyceny prawidłowo.

Odnosząc się do zarzutu sprzeczności oferty STRABAG z przepisami ustawy oraz postanowieniami SIWZ, poprzez wskazanie że w załączniku nr 8 „Wykaz prac zleconych podwykonawcom – prac instalacyjnych w zakresie odwodnień i sieci zewnętrznych” Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego w stawianiu zarzutów i żądań do ofert zawierających ceny wyższe niż jego oferta, gdyż w niniejszym postępowaniu o zamówienie jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena.

II. Rozstrzygając protest wniesiony przez Konsorcjum STRABAG, Zamawiający postanowił oddalić protest w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że:

1) Cena zaoferowana zarówno przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, jak również przez Konsorcjum HYDROBUDOWA nie jest ceną rażąco niską. Stwierdził, że różnica w cenach poszczególnych ofert oraz różnica w cenie oferty najkorzystniejszej i wartości szacunkowej zamówienia nie stanowi podstawy do wezwania wymienionych wyżej wykonawców do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ani do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 4 Pzp. Stwierdził także, iż ryzyko gospodarcze wykonania przedmiotu zamówienia za kwotę wskazaną jako cena ofertowa ponosi wykonawca.

2) Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BUDIMEX DROMEX do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowej numeracji stron, wskazując, iż zawarty w SIWZ (pkt 10 ppkt 2) wymóg ponumerowania stron jest wymogiem formalnym, którego niespełnienie nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawcy.

3) Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum HYDROBUDOWA z powodu braku w jego ofercie dokumentu stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ „wzór gwarancji należytego wykonania kontraktu na Roboty Budowlane „Zadanie B1 – Docelowy system oczyszczania – rozbudowa i modernizacja Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków”, gdyż w pkt 10 SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” w pkt 3 „Zawartość oferty” Zamawiający nie zamieścił wymogu załączenia do oferty tego dokumentu. Dokument ten wykonawca obowiązany jest przedstawić po wyborze najkorzystniejszej oferty, według wzoru wskazanego w SIWZ

4) Odwołujący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu oferty SKANSKA S.A., gdyż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena, przedmiotowa oferta zawiera wyższą cenę niż oferta Odwołującego. Jednocześnie. Zamawiający stwierdził, iż zarzuty podniesione wobec oferty SKANSKA S.A., a także w ich następstwie żądania są niezasadne.

Od rozstrzygnięć protestów przez Zamawiającego (z dnia 16.03.2009 r.) odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnieśli Wykonawcy:

1. Konsorcjum HYDROBUDOWA, w dniu 25.03.2009 r., podtrzymując zarzuty protestu oraz wnosząc o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykonania lub powtórzenia czynności Zamawiającego, jak w proteście, za wyjątkiem zarzutów i żądań odnoszących się do oferty Konsorcjum STRABAG;

2. Konsorcjum STRABAG, w dniu 26.03.2009 r., podtrzymując zarzuty protestu oraz wnosząc o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

wykonania lub powtórzenia czynności Zamawiającego, jak w proteście, za wyjątkiem zarzutów i żądań odnoszących się do oferty SKANSKA S.A.

Do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem protestu przez Konsorcjum HYDROBUDOWA skutecznie zgłosiło przystąpienie, w dniu 06.04.2009 r. Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, po stronie Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem protestu przez Konsorcjum STRABAG skutecznie przystąpienie zgłosiło, w dniu 06.04.2009 r. Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, po stronie Zamawiającego oraz, w dniu 03.04.2009 r. Konsorcjum HYROBUDOWA, po stronie Odwołującego w zakresie zarzutów dotyczących dokonanego w dniu 23.03.2009 r. wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Przystępującego na posiedzeniu Izby.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim treść SIWZ wraz z jej wyjaśnieniami i modyfikacjami, treść ofert odwołujących się i oferty Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, jak również korespondencję Zamawiającego z wykonawcami, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Izba rozpatrzyła łącznie odwołania wniesione przez Konsorcjum HYDROBUDOWA oraz Konsorcjum STRABAG, zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2009 r.

Mając na uwadze, iż niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 18.07.2008 r. (data przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji WE), tj. przed datą wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), w myśl art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy oraz okoliczność złożenia protestów w niniejszej sprawie w dniu 05.03.2009 r. (po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych), skład orzekający Izby rozstrzygnął niniejszą sprawę stosując przepisy działu VI ustawy w brzmieniu ustalonym przez przepisy wskazanej ustawy.

Skład orzekający Izby rozpatrując złożone odwołania w pierwszej kolejności ustalił, iż skutecznie do postępowań odwoławczych przystąpili:

- 1) do odwołania wywołanego wniesieniem protestu przez Konsorcjum Hydrobudowa (sprawa o sygn. akt: KIO/UZP 393/09) – Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, po stronie Zamawiającego;
- 2) do odwołania wywołanego wniesieniem protestu przez Konsorcjum STRABAG (sprawa o sygn. akt: KIO/UZP 397/09) – Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, po stronie Zamawiającego oraz Konsorcjum HYDROBUDOWA – po stronie Odwołującego.

Skład orzekający uznał, że wskazani wykonawcy stali się uczestnikami poszczególnych postępowań odwoławczych.

Izba postanowiła nie dopuścić do wyżej wymienionych postępowań odwoławczych wykonawcy SKANSKA, zgłaszającego przystąpienia do tych postępowań: w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 193/09 - po stronie Zamawiającego oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 197/09 – po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła, iż z uwagi na nie zakwestionowanie przez SKANSKA oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG, sklasyfikowanej bezpośrednio przed jego ofertą, SKANSKA nie posiada interesu prawnego w przystąpieniu, stanowiącego w świetle art. 184 ust. 4 Pzp warunek skutecznego zgłoszenia przystąpienia.

Wobec nie stwierdzenia podstaw do odrzucenia któregokolwiek z wniesionych odwołań, skład orzekający Izby rozpatrzył merytorycznie przedmiotowe odwołania.

Na wstępie skład orzekający Izby ustalił, że obydwa odwołania zostały złożone w terminie i przez podmioty uprawnione oraz, że posiadają interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp – przy założeniu słuszności podnoszonych przez nich zarzutów.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum HYDROBUDOWA, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie Konsorcjum HYDROBUDOWA nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 44 Pzp, poprzez nie wykluczenie Konsorcjum BUDIMEX DROMEX z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu braku spełnienia przez to Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, iż w pkt 5.1.3)a) SIWZ Zamawiający zawarł, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia: wykonania należycie robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym czasie, polegające na budowie oczyszczalni ścieków wydajności min $Q_{\text{środ}} = 25\ 000\ \text{m}^3/\text{d}$, lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o wydajności min $Q_{\text{środ}}=25000\ \text{m}^3/\text{d}$.

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku, Zamawiający zawarł wymóg przedłożenia wraz z ofertą wykazu wykonanych robót oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Skład orzekający Izby ustalił, iż w ofercie złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX znajduje się, na stronach 8-9, „Wykaz wykonanych robót budowlanych” (dalej „Wykaz”) wraz z oświadczeniem o treści wymaganej przez Zamawiającego. W wykazie tym wyszczególniono 9 robót budowlanych, wykonanych zarówno przez Budimex Dromex – lidera Konsorcjum, jak również zrealizowanych przez CADAGUA S.A. – partnera Konsorcjum. W poz. Nr 1 tego Wykazu wyszczególniona została „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w Pruszkowie”, jako zadanie podobne do przedmiotu zamówienia. Oferta zawiera także listy referencyjne: z dnia 15.01.2004 r. oraz z dnia 21.03.2005 r., na potwierdzenie należytego wykonania tego zamówienia. W ocenie Odwołującego, referencje te nie są zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, gdyż dotyczą robót budowlanych, które zostały zakończone w dniu 31.12.2003 r., wobec czego, zdaniem Odwołującego, nie mieszczą się w okresie wyznaczonym przez Zamawiającego. Ponadto, zdaniem Odwołującego, pierwsza z tych referencji dotyczy przedmiotu o mniejszej wydajności.

Izba stwierdziła, iż ocena Odwołującego, w tym zakresie, jest błędna. Zgodnie bowiem z treścią wymienionych wyżej listów referencyjnych zamówienie publiczne p.n. „Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Pruszkowie” zostało zrealizowane w dniu 31.12.2003 r., co potwierdzają wyżej wymienione listy referencyjne, brak jest zatem podstaw do stawiania zarzutu, iż nie został spełniony wymóg wykonania tych robót w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Z protokołu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia (sporządzonego na druku ZP-1/PN) wynika jednoznacznie, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 22.07.2008 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej (www.mpwik.wroc.pl), po uprzednim przekazaniu przez Zamawiającego, w dniu 18.07.2008 r., ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – zgodnie z art. 40 ust. 1 i 6 pkt 1 Pzp. Z treści przytoczonych listów referencyjnych wynika ponadto, że średnia przepustowość wskazanej w tych referencjach Oczyszczalni wynosiła $52.000\ \text{m}^3/\text{d}$, zatem dwukrotnie przewyższała minimalny wymóg Zamawiającego, w tym zakresie.

Skład orzekający Izby stwierdził jednocześnie, iż informacje, które Wykonawca zawarł o przedmiotowym zamówieniu w poz. 1 „Wykazu wykonanych robót budowlanych” oraz w listach referencyjnych są ze sobą zgodne.

Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości co do oceny Zamawiającego, iż treść pozycji nr 6 Wykazu oraz treść zaświadczenia Ministerstwa Środowiska Hiszpanii potwierdza doświadczenie Konsorcjum. Wynika z nich, że Wykonawca CADAGUA S.A. – uczestnik Konsorcjum BUDIMEX DROMEX wykonał, w ramach innego konsorcjum, roboty w ramach budowy oczyszczalni ścieków ALBUFERA SUR o wydajności 34.100 m³/d, zakończone w wymaganym przez Zamawiającego okresie, a wykazane roboty są podobne do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, w sytuacji gdy roboty te realizowane były przez konsorcjum, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca uprawniony był wykazać jako swoje doświadczenie, które nabył w ramach konsorcjum, niezależnie od tego jaką część prac faktycznie wykonywał.

Mając na uwadze powyższe, Izba ustaliła, że zarzut Odwołującego dotyczący niespełnienia przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX warunku w zakresie doświadczenia nie jest zasadny.

W tym stanie sprawy, bez znaczenia dla oceny spełniania warunku posiadania doświadczenia pozostaje, iż niektóre, wyszczególnione przez Odwołującego referencje odnoszą się do robót budowlanych, które dotyczyły oczyszczalni ścieków o niższej niż wymagana wydajności i tym samym nie spełniały wymogów zawartych w SIWZ.

W wyniku ustalenia, iż w świetle SIWZ wystarczyło wykazać się wykonaniem w określonym w SIWZ okresie jednej roboty budowlanej, o której wyżej mowa, który to wymóg Konsorcjum BUDIMEX DROMEX spełniło, bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę doświadczenia pozostaje wykazanie się zrealizowaniem także robót budowlanych innych, niż wymagane przez Zamawiającego.

Dlatego, w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut Odwołującego, iż Konsorcjum nie wykazało wymaganego doświadczenia w zakresie robót budowlanych, które stanowią przedmiot zamówienia, co winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania o zamówienie oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą, na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 44 Pzp – jest niezasadny.

Wykluczenie z postępowania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp następuje, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3. Wystąpienia przesłanki wykluczenia ww. Konsorcjum Odwołujący nie dowiódł.

Bezpodstawny okazał się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym wykluczeniu podlegają wykonawcy którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Pzp. W świetle dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów podmiotowych, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W rozpatrywanej sprawie, zarzut bezpodstawnego zaniechania wykluczenia Konsorcjum BUDIMEX DROMEX nie znajduje podstaw, ani faktycznych, ani prawnych.

Co do zarzutu, iż oferta Konsorcjum BUDIMEX DROMEX nie zawiera dokumentów wykazujących, iż Wykonawca spełnia obowiązki wynikające z ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. odpadach (j.t. Dz. U. z 2007 r., Nr 39, poz. 251 z późn. zm.) i posiada uprawnienia do gospodarowania odpadami, jak również nie przewidział podzlecenia zadania innemu uprawnionemu podmiotowi, skład orzekający Izby uznał, iż zarzut ten nie jest zasadny.

Izba stwierdziła iż, jak słusznie wskazał Odwołujący, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Przepis art. 26 ust. 1 ustawy o odpadach stanowi, iż posiadacz odpadów, który prowadzi działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów obowiązany jest do uzyskania zezwolenia na prowadzenie tej działalności. Wytwórca odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami innemu posiadaczowi odpadów. Wytwórca odpadów może je przekazywać wyłącznie podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami, chyba że działalność taka nie wymaga uzyskania zezwolenia. Skład orzekający Izby uznał, iż w SIWZ dotyczącej przedmiotowego zamówienia brak jest wymogu złożenia wraz z ofertą zezwolenia, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy o odpadach, obowiązek w tym zakresie nie wynika, w szczególności z pkt 10 ppkt 3 SIWZ – „Zawartość oferty”.

Odnosząc się do zarzutu, iż w załączniku nr 8 do oferty złożonej przez BUDIMEX DROMEX brak jest wskazania prac w zakresie wywiezienia i utylizacji osadów ściekowych, pomimo iż wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga wykonania tych prac Izba uznała, iż nie jest zasadny, gdyż z treści tego Załącznika nie wynika bezwzględne zobowiązanie wykonawcy do powierzenia wskazanych w nim prac podwykonawcom, a jedynie deklaracja, jakie prace wykonawca zamierza podzlecić. Niewskazanie w Załączniku tym prac

związanych z gospodarowaniem odpadami nie stanowi przeszkody zlecenia przez wykonawcę tych prac do wykonania przez inne podmioty.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, której złożenie, jak uznał Odwołujący, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, iż Konsorcjum BUDIMEX DROMEX poprzez wycenienie pozycji 2505 kosztorysu w wysokości 1,17zł/m³ oraz pozycji 2428 – w wysokości 6,73 zł/m³ dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503). Zakresem robót, jak wyjaśnił Zamawiający, nie jest bowiem objęte unieszkodliwienie całej zawartości wymienionych zbiorników, lecz przede wszystkim przepompowanie, a następnie unieszkodliwienie niewielkiej pozostałości mułu z dna.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu Odwołującego, że oferta BUDIMEX DROMEX zawiera omyłki skutkujące koniecznością jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wskazał na zawarty w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 obowiązek poprawienia omyłek i stwierdził, iż uwzględni protest w ten sposób, iż dokona poprawy wskazanych omyłek pisarskich i innych omyłek nie powodujących zmiany treści oferty. Nie uwzględni natomiast żądania odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę, gdyż w ocenie Zamawiającego, wskazane omyłki nie dają podstawy do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba nie podzieliła zarzutu Odwołującego dotyczącego poprawienia omyłek w ofercie BUDIMEX DROMEX z naruszeniem art. 87 ust. 2 Pzp.

W wyniku rozpatrzenia zarzutu dotyczącego poprawienia przez Zamawiającego, w piśmie z dnia 12.02.2009 r., opisu pozycji nr 1960 kosztorysu Konsorcjum BUDIMEX DROMEX wyceny węzła technologicznego, poprzez dodanie do opisu tej pozycji brakującego i nie wycenionego elementu w postaci systemu dezodoryzacji, co stanowiło istotną zmianę w treści oferty i narusza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba uznała, iż w kwestionowanej ofercie pozycja ta (1960) została opisana z omyłką polegającą na pominięciu słów: „oraz systemu dezodoryzacji”, Wykonawca popełnił omyłkę w opisie przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum BUDIMEX DROMEX nie pominął pozycji, która obejmowała węzeł technologiczny suszarni wraz z systemem dezodoryzacji. System ten jest opisany w dokumentacji projektowej, stanowiącej podstawę sporządzenia oferty.

Za uznaniem, iż w rozpatrywanej sprawie nastąpiła omyłka w opisie, a nie w zakresie robót przemawia fakt, iż Konsorcjum BUDIMEX DROMEX wyceniło tę pozycję na kwotę wyższą (ok. 47,000 mln zł), niż kwota tej pozycji (ok. 44.100 mln zł) zaproponowana przez Odwołującego, jak również przez Konsorcjum Strabag (ok. 46.000 mln zł).

Należy również zważyć, iż wyżej wymienione Konsorcjum złożyło na formularzu ofertowym oświadczenia, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, a więc dokumentacją projektową, która uwzględnia wykonanie systemu dezodoryzacji, jak również wyraziło zgodę na jej poprawienie.

W świetle tych ustaleń, Zamawiający dokonał poprawienia tej omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Był do tego zobowiązany tym przepisem, jak również uzyskał zgodę wykonawcy na jej dokonanie.

W ocenie Izby, poprawienie oferty Konsorcjum BUDIMEX DROMEX było prawidłowe, gdyż polegało na poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 97 ust. 2 pkt 3 Pzp).

W świetle ustaleń Izby, nie potwierdziły zarzuty odwołania, w tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum STRABAG, skład orzekający Izby stwierdził.

Odwołanie Konsorcjum STRABAG nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż cena ofertowa Konsorcjum BUDIMEX DROMEX jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż odbiega o ok. 13% in minus od wartości zamówienia oraz o ok. 22% od średniej ceny wszystkich złożonych w tym postępowaniu o zamówienie ofert.

Zarzut Odwołującego nie znajduje w tym zakresie oparcia ani w przepisach prawa, ani w świetle rynku zamówień publicznych.

Ustawa Pzp nie precyzuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”. W świetle ukształtowanego orzecznictwa Zespołów Arbitrów oraz KIO należy przyjąć, iż ofertą z rażąco niską ceną jest oferta z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Jest to zatem cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

W ocenie Izby cena oferty Konsorcjum BUDIMEX DROMEX: (brutto) 336 837 806,71 zł (przed poprawieniem omyłek rachunkowych – brutto 336 848 292,76 zł) nie odbiega rażąco od wartości ustalonej przez Zamawiającego (314 975 247,55 zł netto) i od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia, w wysokości brutto 384 269 802,01 zł.

Za bezpodstawny i nie udowodniony Izba uznała zarzut, jakoby Konsorcjum BUDIMEX DROMEX zastosowało w poszczególnych pozycjach wyceny robót i materiałów ceny poniżej kosztów wykonania tych robót i dostarczenia materiałów, a także pominęło wycenę niektórych elementów. Nie potwierdził się zatem zarzut dopuszczenia się przez ww. Konsorcjum czynu nieuczciwej konkurencji określonego przepisem art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec tego niezasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wadliwe okazały się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIMEX DROMEX, której treść, zdaniem Odwołującego, nie odpowiada treści SIWZ, a także z powodu niezgodności oferty z ustawą, wskutek „zmiany treści złożonej oferty w wyniku udzielonych przez Konsorcjum BUDIMEX DROMEX odpowiedzi”.

Zarzut Odwołującego, iż Zamawiający dokonał poprawek wykraczających poza zapisy art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż, zdaniem Odwołującego, dopuścił się poprawek zmieniających zakres robót, nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby uznał, iż w pozycji 1960 w ofercie Konsorcjum BUDIMEX DROMEX Zamawiający poprawił jedynie fragment opisu tej pozycji, poprzez dopisanie pominiętego, a zawartego w dokumentacji projektowej „systemu dezodoryzacji” w węźle technologicznym suszarni osadu. Pominięty w opisie system dezodoryzacji był jednym z elementów tej pozycji - węzła technologicznego suszarni, której cena ryczałtowa została w ofercie określona.

Jak Zamawiający wskazał na rozprawie, cena tej pozycji w ofercie Konsorcjum BUDIMEX DROMEX jest większa niż w ofercie Odwołującego. Konsorcjum złożyło w ofercie oświadczenie, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, oraz że przedmiar robót zawiera aż 2750 pozycji, do Zamawiającego wpłynęło ponad 1000 pytań dotyczących SIWZ

– części technicznej, co skutkowało koniecznością modyfikowania SIWZ stanowią okoliczności potwierdzające, że w kwestionowanej ofercie wystąpiła omyłka, którą Zamawiający obowiązany był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający dokonał tej poprawki w sposób prawidłowy, niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona, a Wykonawca ten, w myśl art. 87 ust. 2 pkt 7 Pzp zgodził się na poprawienie omyłki, w piśmie z dnia 16.02.2009 r. W tym stanie sprawy, nie znajduje podstaw prawnych zarzut, iż Zamawiający obowiązany był zwrócić się do tego Konsorcjum o złożenie wyjaśnień.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający także zasadnie poprawił w ofercie Konsorcjum BUDIMEX DROMEX omyłki w pozycjach: 1415, 1417, 1418, 1419, 1427, 1421, 1422, 243, gdyż były to omyłki podlegające na poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp., a poprawienie tych omyłek nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty.

Obowiązek Zamawiającego w tym zakresie wynikał z treści tego przepisu. Należy mieć także na uwadze, iż celem złożenia oferty jest uzyskanie zamówienia. Wykonawca mając świadomość, że osiągnięcie tego celu jest możliwe tylko wówczas, gdy złoży ofertę odpowiadającą w pełnym zakresie temu, co wymagał Zamawiający. Wystąpienie w ofercie nieistotnych niezgodności nie może przekreślać tego zamiaru.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BUDIMEX DROMEX do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowej numeracji stron oferty skład orzekający stwierdził, iż numeracja stron oferty nie stanowi jej treści. Niespełnienie określonego w SIWZ wymogu w tym zakresie nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty.

Nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum HYDROBUDOWA.

Skład orzekający Izby uznał za niezasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum HYDROBUDOWA, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż cena ofertowa tego Konsorcjum jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż odbiega o ok. 6,5% in minus od wartości zamówienia oraz o ok. 16% od średniej ceny wszystkich złożonych w tym postępowaniu. Izba podtrzymuje w tym zakresie swoje uzasadnienie, które zawarła odnośnie tak sformułowanego zarzutu skierowanego przeciwko Konsorcjum BUDIMEX DROMEX.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum

HYDROBUDOWA, której treść, zdaniem Odwołującego, nie odpowiada treści SIWZ, a także z powodu niezgodności oferty z ustawą, wskutek „zmiany treści złożonej oferty w wyniku udzielonych przez Konsorcjum HYDROBUDOWA odpowiedzi”.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty tego Konsorcjum wskutek braku w ofercie załącznika nr 6, tj. wzoru gwarancji należytego wykonania kontraktu nie znajduje podstaw w przepisach prawa, ani w SIWZ. Wykaz ten nie jest bowiem dokumentem niezbędnym na etapie składania ofert i dlatego, zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp Zamawiający nie może żądać od wykonawców tego dokumentu na etapie składania ofert. Izba ustaliła jednocześnie, iż w SIWZ Zamawiający, w tym w pkt 10 określającym co oferta winna zawierać, nie żądał załączenia do oferty tego dokumentu i większość wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu wzoru gwarancji, o której mowa, do oferty go nie załączyło.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, 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), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed Izbą, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....