

Zamawiający:

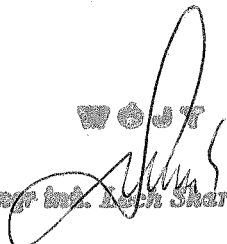
Gmina Inowrocław
ul. Królowej Jadwigi 43
88-100 Inowrocław

Inowrocław, 21.12.2009 r.

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn:
BZP 398862-2009.

”Budowa Sali gimnastycznej w m.Żalinowo gmina.Inowrocław oraz usługa bankowa w zakresie wykupu wierzytelności pieniężnych”.

Na podstawie art.181ust.3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz..U z 2007 r.Nr 223 poz.1655 z późzn.zm.) przekazuję w załączeniu protest złożony przez EURO-KLIMA sp.z o.o ul.Stary Rynek Oliwski 8A,80-324 Gdańsk.

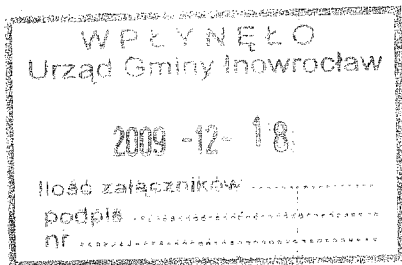

mgr inż. Andrzej Skarbiński

Otrzymują:

1.”REBUD”

Przedsiębiorstwo Budowlane sp.z o.o
ul.Przemysłowa 2
88-300 Mogilno
2.ISO sp. z o.o(Lider Konsorcjum)
ul.Lawendowa 3
83-050 Kolbudy

Gdańsk, dn. 18.12.2009r.



GMINA INOWROCLAW
ul.Królowej Jadwigi 43
88-100 Inowrocław

Wykonawca:
EURO-KLIMA spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością
ul.Stary Rynek Oliwski 8A
80-324 Gdańsk

PROTEST
wobec czynności podjętych przez zamawiającego
w toku postępowania o zamówienie publiczne

W imieniu Wykonawcy, tj. spółki pod firmą EURO-KLIMA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, wpisanej przez Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000143056,

w oparciu o przepisy art.180 §§ 1 i 2 oraz art.89 ust.1 pkt.(2), (3) i (4) oraz art.90 ust.1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. z 2004r. Nr 19 poz.177 z późn. zm.),

niniejszym składamy protest wobec zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy oraz wobec czynności podjętych przez zamawiającego, w toku prowadzonego przez tego zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne, tj. zamówienie „Budowa hali gimnastycznej w m.Żalinowo gmina Inowrocław oraz usługa bankowa w zakresie wykupu wierzytelności pieniężnych” – w zakresie opisanym w treści n/w zarzutów.

Zarzucamy, iż w trakcie postępowania doszło do naruszenia przepisów powodujących naruszenie naszych praw, tj.:

- (1) do naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt (2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. z 2004r. Nr 19 poz.177 z późn. zm.) - poprzez zaniechanie nakazanego tym przepisem odrzucenia ofert wykonawców: REBUD sp. z o.o. oraz ISO sp. z o.o., i poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez REBUD sp. z o.o. - a to wszystko pomimo, iż złożone przez obie te firmy oferty były sprzeczne z treścią warunku określonego w pkt VII.(6) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. zawierały nieprawidłowe/ (niepełne) kosztorysy nie uwzględniające całości robót stanowiących przedmiot zamówienia,
- (2) do naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt (3) i (4) i art.90 ust.1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. z 2004r. Nr 19 poz.177 z późn. zm.) - poprzez dokonanie wyboru stnowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oferty firmy REBUD sp. z o.o. i to pomimo **rażąco niskiej ceny** przedmiotu przetargu zaoferowanej przez tego oferenta, przy jednoczesnym **zaniechaniu przez zamawiającego wykonania (obowiązkowej w świetle powyższego przepisu) weryfikacji ceny przedmiotu zamówienia** – zarówno stosunku do ceny zaoferowanej przez REBUD sp. z o.o. jak i przez ISO sp. z o.o. - pomimo iż oferty obydwóch tych wykonawców zawierały ceny **rażąco niskie**.

Wnosimy o uchylenie czynności w postaci dokonanego wyboru oferty i powtórzenie zakwestionowanych etapów postępowania, tj. o dokonanie przez zamawiającego, w trybie przepisów art.90 ust.1-3 *Prawa zamówień publicznych*, weryfikacji ofert złożonych przez REBUD sp. z o.o. oraz ISO sp. z o.o., i o odrzucenie obydwu tych ofert.

W uzasadnieniu interesu prawnego w wniesieniu niniejszego protestu wskazać należy, iż oferta złożona przez EURO-KLIMA sp. z o.o. jest formalnie prawidłowa, i zawiera najkorzystniejsze stawki i cenę, która musiała by być uznana za najkorzystniejszą w przypadku, gdyby oferty złożone przez REBUD sp. z o.o. oraz ISO sp. z o.o. były formalnie prawidłowe tj. obejmowały wszystkie materiały (wszystkie pozycje kosztorysowe – obowiązkowe w świetle pkt VII.(6) SIWZ a pominięte w tych ofertach) i nie zawierały w konsekwencji cen rażąco zaniżonych.

UZASADNIENIE

(1)

W treści pkt VII.(6) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, iż jednym z „dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy do oferty”, jest „Kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną wraz z zestawieniem **cen jednostkowych materiałów**, czynników produkcji tj. stawka rbh, kosztów pośrednich, kosztów zaopatrzenia i zysku oraz stawki jednostkowe pracy podstawowego sprzętu i urządzeń, które wykonawca będzie używał do wykonania przedmiotu zamówienia.” Kosztorysy załączone do ofert złożonych przez REBUD sp. z o.o. oraz ISO sp. z o.o. w ogóle nie zawierają kilku podstawowych pozycji materiałowych, których wykonanie jest objęte przedmiotem zamówienia, gdyż wynika to jednoznacznie z dokumentacji dotyczącej tego przedmiotu. I tak oto:

- (a) W charakterystyce obiektu została wymieniona stal konstrukcyjna jako główny element, z którego należy wykonać dwuspadowy dach. Pomimo to, w kosztorysie robót budowlanych na żadnej pozycji, w szczególności w dziale *Konstrukcja dachu głównego* **W OGÓLE NIE UWZGLĘDNIONO KONSTRUKCJI STALOWEJ** – w żadnej z kwestionowanych dwóch ofert(!)

W szczególności materiału tego nie ujęto w kosztorysach ofertowych firm REBUD Sp. z o.o. oraz ISO Sp. z o.o. na pozycjach: nr 85 „*Hale typu lekkiego - więzary scalane o masie do 2 t - konstrukcja dachu (rygle, podciagi, belki) całkowicie wykończona (elementy według rys. konstr. nr 11,12,13 zawarte w wykazie stali profilowej rys (tabela) nr 14 - z potrąceniem ściągów stalowych i kotew HILTI)*”, obmiar = **6,055t**, nr 87 „*Hale typu lekkiego - stężenia dachów - ścigi stalowe fi 32mm (12szt) - rysunki i wykaz stali j.w.*” obmiar = **0,431t** ani nr 88 „*Hale typu lekkiego - płatwie z kształtowników - konstrukcja dachu (płatwie) całkowicie wykończona (elementy według rys. konstr. nr 11,12,13 zawarte w wykazie stali profilowej rys. nr 11)*”, obmiar = **4,943t**.

- (b) W opisie charakterystyki obiektu wyszczególniono pokrycie dachu z płyt warstwowych o grub. 10cm z rdzeniem poliuretanowym. Tymczasem w kosztorysie robót budowlanych na żadnej pozycji, w szczególności w dziale *Dach główny – pokrycie, rynny i rury spustowe* **W OGÓLE NIE UWZGLĘDNIONO POKRYCIA DACHU Z PŁYT WARSTWOWYCH O GRUB. 10CM Z RDZENIEM POLIURETANOWYM** – w żadnej z kwestionowanych dwóch ofert(!)

W szczególności materiału tego nie ujęto w kosztorysach ofertowych firm REBUD Sp. z o.o. oraz ISO Sp. z o.o. na pozycji 95 „*Obudowa dachów płaskich wykonana z blach stalowych faldowych z ociepleniem (spadek obu połaci - 12szt.) - z płyt warstwowych powlekanych z trapezowym profilowaniem okładziny zewnętrznej, z rdzeniem poliuretanowym 100mm, z*

zastosowaniem systemowym (fabrycznych) elementów zamocowań, połączeń, uszczelnień, obróbek blacharskich itp. - kompletnie (np. KINGSPAN KS 1000 RW lub odpowiednik)".

Jak to wskazano w wyroku KIO z dnia 21.07.2009r. (KIO/UZP 866/O9; KIO/UZP 879/O9, „1. Kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentu, który może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Kosztorys ofertowy stanowi element oferty w rozumieniu art. 66 k.c. jako podstawa kalkulacji ceny oferty, tj. jednego z istotnych postanowień przyszłej umowy. [...]”.

Całkowite pominięcie powyższych pozycji, stanowiących istotny (tak cenowo, jak i konstrukcyjnie) element przedmiotu zadania opisanego w dokumentacji zamawiającego, musi być kwalifikowane jako rażąca niezgodność z treścią pkt VII.(6) SIWZ, tj. warunku przedstawienia kosztorysu „[...] wraz z zestawieniem cen jednostkowych materiałów”(!!!).

Zgodnie zaś z treścią przepisu art.89 ust.1 pkt (2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. *Prawo zamówień publicznych*, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia” - chodzi tutaj przy tym o każdą (choćby częściową) merytoryczną niezgodność oferty ze Specyfikacją (gdyż oferta musi być w całości zgodna ze Specyfikacją!).

Częściowa nawet niezgodność oferty, w szczególności sprowadzająca się do zaferowania zamawiającemu przez oferenta urzędzeń nie spełniających wszystkich określonych w Specyfikacji warunków skutkuje obligatoryjnym odrzuceniem tej oferty przez zamawiającego (w szczególności nie ma on prawa, by uznać dna niezgodności za mniej istotne i zaakceptować takie niezgodności oferty z warunkami Specyfikacji).

Powyższe poglądy są powszechnie akceptowane zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie prawa i nie mogą budzić wątpliwości, zatem zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia przedmiotowych dwóch ofert stanowiło naruszenie w/w przepisu.

(2)

Niezależnie od faktu, iż oferty złożone przez REBUD sp. z o.o. oraz ISO sp. z o.o. powinny zostać odrzucone już z powodu ich formalnej niezgodności z treścią pkt VII.(6) SIWZ (jak to opisano wyżej), to nie odrzucając ich i dokonując ich merytorycznej oceny zamawiający dopuścił się kolejnego naruszenia przepisów *Prawa zamówień publicznych*. Z treści przedmiotowych ofert wynikało bowiem jednoznacznie, że ceny zaferowane w tych ofertach są rażąco niskie. Dla uzasadnienia powyższego zarzutu wskazać należy, iż:

W charakterystyce obiektu została wymieniona stal konstrukcyjna jako główny element, z którego należy wykonać dwuspadowy dach. Uwzględniając zatem wielkość konstrukcji dachu objętego zamówieniem, wymaganą do jego wykonania ilość stali oraz minimalną aktualną cenę rynkową na stal konstrukcyjną (5000 zł/t netto) - minimalny koszt tego materiału (uwzględniając tylko stal konstrukcyjną bez dodatkowych materiałów) musiałby wynieść zatem ok. 58.650,00 zł netto. Wynika to z uwzględnienia następujących pozycji:

- pozycja nr 85 „Hale typu lekkiego - więzary scalane o masie do 2 t - konstrukcja dachu (rygle, podciagi, belki) całkowicie wykończona (elementy według rys. konstr. nr 11,12,13 zawarte w wykazie stali profilowej rys (tabela) nr 14 - z potrąceniem ściągów stalowych i kotew HILTI)”, obmiar = 6,055t,
- pozycja nr 87 „Hale typu lekkiego - stężenia dachów - ściąg stalowe fi 32mm (12szt) - rysunki i wykaz stali j.w.” obmiar = 0,431t
- pozycja nr 88 „Hale typu lekkiego - płatwie z kształtowników - konstrukcja dachu (płatwie) całkowicie wykończona (elementy według rys. konstr. nr 11,12,13 zawarte w wykazie stali profilowej rys. nr 11)”, obmiar = 4,943t.

W konsekwencji - łączna ilość stali, jaka musi zostać przeznaczona do wykonania zadania to 11.73 t – taka pozycja została jednak w kosztorysie całkowicie

pominięta(!!!), co doprowadziło do zaniżenia wartości oferty o kwotę ok. 58.650,00 zł netto.

Ponadto, w opisie charakterystyki obiektu wyszczególniono również pokrycie dachu z płyt warstwowych o grub. 10cm z rdzeniem poliuretanowym – zaś minimalna cena rynkowa tego materiału kształtuje się na poziomie 82zł/m².

Ilość materiału, która została zaprojektowana do wykonania pokrycia dachowego to 632,58m² (pozycja nr 95 „Obudowa dachów płaskich wykonana z blach stalowych faldowych z ociepleniem (spadek obu połaci - 12szt.) - z płyt warstwowych powlekanych z trapezowym profilowaniem okładziny zewnętrznej, z rdzeniem poliuretanowym 100mm, z zastosowaniem systemowym (fabrycznych) elementów zamocowań, połączeń, uszczelnień, obróbek blacharskich itp. - kompletnie (np. KINGSPAN KS 1000 RW lub odpowiednik)”).

Sam więc koszt materiału przeznaczanego na pokrycie dachowe (płyty warstwowe o grub. 10cm z rdzeniem poliuretanowym) musiałby wynieść 51.871,56zł netto, zatem pominięcie tej pozycji w kwestionowanych kosztorysach w/w dwóch wykonawców doprowadziło do zaniżenia wartości oferty o taką właśnie kwotę.

Powyższa argumentacja jednoznacznie wskazuje, że ceny zaoferowane przez REBUD sp. z o.o. oraz ISO sp. z o.o., nie uwzględniające bardzo istotnego kosztu materiałów niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, są rażąco niskie w rozumieniu przepisu art.89 ust.1 pkt (4) w zw. z art.90 ust.2 i 3 *Prawa zamówień publicznych* - i uniemożliwiają wykonanie całego tego zamówienia w oparciu o zasady rynkowe.

Dodać warto, iż owe zaniżenie mogło być przez zamawiającego z łatwością zauważone. Porównując bowiem w prosty sposób dotyczące poszczególnych pozycji kosztorysowych ceny jednostkowe ujęte w ofercie (kosztorysie) złożonej przez Euro-Klima sp. z o.o. oraz analogiczne (dotyczące tych samych pozycji kosztorysowych) ceny ujęte w kosztorysach pozostałych dwóch wykonawców, jednoznacznie dostrzec można, że niemal dla każdej poszczególniej pozycji kosztorysowej ceny jednostkowe zaoferowane przez Euro-Klima sp. z o.o. są niższe od dotyczących tej samej pozycji cen zaoferowanych przez REBUD sp. z o.o. oraz ISO sp. z o.o.(!). Różnica zaś w łącznej cenie oferty wynika wyłącznie z całkowitego pominięcia przez owych dwóch wykonawców wyceny materiałów, o których mowa wyżej w pkt (1) niniejszego uzasadnienia.

W tym miejscu warto przytoczyć kilka orzeczeń całkowicie uzasadniających powyższy sposób rozumowania:

- wyrok KIO z dnia 2009.07.27 (KIO/UZP 895/09): „[...] 2. Aby móc stwierdzić, iż cena oferty jest niewiarygodna, należy ją odnieść do cen rynkowych podobnych zamówień i ustalić, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską w stosunku do cen obowiązujących na rynku tego rodzaju.”,
- wyrok KIO z dnia 2009.03.24 (KIO/UZP 297/09): „[...] 2. Wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia: „cena rażąco niska”, powyższe oznacza przede wszystkim porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych danych usług, produktów czy robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia.”,
- wyrok KIO z dnia 2009.01.13 (KIO/UZP 1511/08): „[...] 2. Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest przede wszystkim ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 P.z.p., czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Drugim punktem odniesienia są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu.”.

W wypadku takim, jak opisany wyżej, zamawiający – zgodnie z dyspozycją art.90 ust.1 do 3 *Prawa zamówień publicznych* – **zobowiązany był** zwrócić się do oferenta o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (ust.1), a następnie – po otrzymaniu tych wyjaśnień – dokonać w tym zakresie oceny (ust.2) i ewentualnie odrzucić ofertę (ust.3).

W powyższej procedurze oferencji – REBUD sp. z o.o. oraz ISO sp. z o.o. – byłoby zobowiązani wykazać, iż istnienie możliwość zaoferowania przedmiotu zamówienia po zaoferowanych przez nich cenach i że ceny te obejmują cenę stali na konstrukcję dachu oraz cenę materiału na pokrycie dachu – i to wszystko z uwzględnieniem warunków rynkowych – pod warunkiem odrzucenia ich ofert.

Należy bowiem wskazać, że zaoferowanie zaniżonej ceny, jedynie pozornie może sprawiać wrażenie, iż oferta jest korzystna dla zamawiającego, a ryzyko spoczywa wyłącznie na wykonawcy który tę cenę zaoferował. Tymczasem **zamawiający pozbawiony jest (w świetle art.89 ust.1 pkt (4) w zw. z art.90 ust.2 i 3 Prawa zamówień publicznych) prawa przyjęcia oferty zawierającej rażąco niską cenę** – a to z uwagi na następujące uwarunkowania:

- (a) Zamawiający nie może brać udziału w czynach albo akceptować czynów nieuczciwej konkurencji. Tymczasem zaoferowanie ceny rażąco zaniżonej narusza przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności zaś przepis art.15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. Nr 153 poz.1503 z późn. zm.). Zgodnie bowiem z tym przepisem, „*czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez [...] odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców*”. Taka zaś sytuacja również powinna skutkować odrzuceniem oferty – stosownie do treści przepisu art.89 ust.1 pkt (3) *Prawa zamówień publicznych*.
- (b) Zamawiający nie może akceptować ofert o rażąco niskiej cenie, z uwagi na zagrożenie dla procesu realizacji przedmiotu zamówienia (skutkującą albo koniecznością wyrażenia przez zamawiającego zgody na zwiększenie ceny po zawarciu umowy i w trakcie realizacji zamówienia – albo też zaprzestaniem robót wskutek niemożności pokrycia przez wykonawcę kosztów). Stanowisko takie jest dosyć powszechnie wyrażane w orzecznictwie – tytułem przykładu wskazać warto:
- wyrok KIO z dnia 2009.04.23 (KIO/UZP 447/09): „[...] 3. Rażąco niska cena to cena nierealna w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ściślej do wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT, ale również do średniej ceny pozostałych ofert i cen rynkowych. **Cena rażąco niska nie pozwala na zrealizowanie zamówienia, a tym bardziej w sposób rzetelny.** Istotne jest, że ustawodawca odnosi rażąco niską cenę do ceny oferty, a nie jej składników.”;
 - wyrok KIO z dnia 2009.07.21 (KIO/UZP 866/09; KIO/UZP 879/09): „[...] 2. Jako przyczynę wyraźnie niższej ceny od innych ofert można wskazać np. świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co w obu przypadkach **grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia.**”.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem ,

DYREKTOR
ds. Technicznych

Jarosław Kucasiewicz