

Warszawa, dnia 24 listopada 2009 roku

Bilfinger Berger Budownictwo S.A.  
ul. Domaniewska 50A  
02-672 Warszawa  
tel.: +48 22 24 43 400  
fax: +48 22 24 43 541  
centrala@bilfinger.pl

**Zamawiający:**  
**Powiat Żyrardowski**  
ul. Limanowskiego 45  
96-300 Żyrardów  
faks: 0 (46) 855 20 21  
e-mail: starostwo@powiat-zyrardowski.pl

**Protestujący:**  
**Bilfinger Berger Budownictwo S.A.**  
ul. Domaniewska 50 A  
02-672 Warszawa

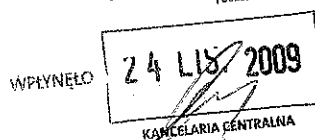
Znak:BBB/OO/AS/132/2009

Dotyczy: postępowania dotyczącego zamówienia publicznego na „Przebudowę drogi powiatowej nr 4729W Żyrardów – Działki – Wiskitki na odcinku Mokrej i Młyńskiej w Żyrardowie”

#### PROTEST

na czynności Zamawiającego polegające na: dopuszczeniu do końcowej oceny ofert i wyborze oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655), dalej jako: Prawo zamówień publicznych, w imieniu Protestującego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000026184, niniejszym składam protest na czynności Zamawiającego polegające na:



*podpis*

*Jedrzejowska Anna*

Adres:  
ul. Domaniewska 50A  
02-672 Warszawa  
tel.: +48 22 24 43 400  
fax: +48 22 24 43 541

www.bilfinger.pl

Zarząd:  
Piotr Kledzik (Prezes)  
Jakub Chojnacki  
Marcin Lewandowski  
Waldemar Siemiński  
Tomasz Starzak  
Wojciech Szwejkowski

Nr. ...  
NIP (VAT ID): PL 522-10-54-994  
REGON: 011134083  
Kapitał zakładowy równy wpłaconemu:  
15 000 000,00 PLN  
Sąd Rejonowy dla M. St. Warszawy  
w Warszawie, XIII Wydz. Gosp.  
KRS: 26184

Konto bankowe:  
BRE Bank SA  
PL 63 1140 1010 0000 3810 2400 1001  
DRESDNER Bank  
PL 21 2310 0000 0110 3118 0000 0000

dopuszczeniu do końcowej oceny ofert i wyborze oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam:

- 1.) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy jako niespełniającego określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
- 2.) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 3.) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu;
- 4.) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, art. 66 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Prawa zamówień publicznych, art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 86 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o., pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z ustawą oraz nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz poprzez wybór oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach, podczas gdy oferta została złożona jedynie w imieniu Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o.;
- 5.) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy jako niespełniającego określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
- 6.) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego

do odrzucenia oferty tego wykonawcy;

- 7.) naruszenie art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Protestującego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej z prawidłowo złożonych przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu i niepodlegających odrzuceniu;

podnosząc jednocześnie, iż powyższe działania i zaniechania Zamawiającego stoją w rażącej sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz naruszają podstawowe zasady w nim wyrażone, a w szczególności zasadę legalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o:

- 1.) uznanie za nieważne czynności Zamawiającego polegających na: wyborze oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego;
- 2.) powtórne dokonanie czynności Zamawiającego polegających na badaniu spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu;
- 3.) wykluczenie Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach z udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty tego wykonawcy z uwagi na to, że wykonawca ten nie spełnia określonych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
- 4.) odrzucenie oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 5.) wybór oferty Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu i niepodlegających odrzuceniu.

### UZASADNIENIE

Protestujący Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, składając w terminie ofertę stał się oferentem oraz potencjalnym wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, który na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy utracił szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, tj. podmiotem wskazanym w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc dysponującym legitymacją czynną do złożenia niniejszego protestu.

W przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach lub wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu jako oferta zwycięska powinna zostać wybrana oferta Protestującego jako najkorzystniejsza z prawidłowo złożonych przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu i niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 18 listopada 2009 roku Zamawiający poinformował Protestującą Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie o wyborze w przetargu na „Przebudowę drogi powiatowej nr 4729W Żyrardów – Działki – Wiskitki na odcinku Mokrej i Młyńskiej w Żyrardowie” oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach za cenę ofertową 3 230 053,09 zł, która została przez Zamawiającego oceniona na 100 pkt. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił Protestującego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, iż jego oferta opiewająca na kwotę 3 390 242,59 zł uzyskała 92,5 pkt. i została sklasyfikowana na pozycji 2.

W ocenie Protestującego, wybrana jako najkorzystniejsza w/w oferta dotknięta jest dyskwalifikującymi ją wadami prawnymi, w związku z czym konieczne było złożenie niniejszego protestu.

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach powinno zostać, zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, wykluczone z udziału w postępowaniu jako że wykonawca ten nie znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z brzmieniem części VI lit. c tiret 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na potwierdzenie spełniania warunku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu:

*Informacji banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert: **potwierdzającej posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 500 000,00 zł.***

Tymczasem analiza złożonego przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. zaświadczenia z dnia 14 października 2009 r. wystawionego przez Bank Spółdzielczy w Grójcu wskazuje jednoznacznie, że Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. nie spełnia tego warunku, bowiem wolne środki Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. na dzień 12 października 2009 r. wyniosły jedynie 1 079 326,85 zł, a zatem do wymaganej przez Zamawiającego kwoty wykonawcy zabrakło aż 420 673,15 zł, a więc bez mała 1/3 wymaganego potencjału finansowego.

Ponadto powołane zaświadczenie nie może także stanowić udokumentowania zdolności kredytowej na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, skoro jest w nim mowa o wykorzystaniu posiadanego kredytu w kwocie 1 420 673,15 zł, a brak jest jakiegokolwiek informacji odnośnie np. możliwości odnowienia linii kredytowej do wymaganej kwoty lub posiadaniu zdolności kredytowej umożliwiającej uzyskanie nowego kredytu w kwocie żądanej przez Zamawiającego. Zważyć ponadto należy, iż z treści złożonego aktu zaświadczenia bankowego nie wynika, że bank na dzień wydawania zaświadczenia albo na dzień złożenia oferty udzieliłby Przedsiębiorstwu Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. kredytu w wymaganej wysokości, a właśnie te dni są w analizowanym przypadku miarodajne dla oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Zgodnie bowiem z wyrokiem Zespołu Arbitrów -

Urząd Zamówień Publicznych z dnia 1 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-252/06, LexPolonica nr 1238093): **Stwierdzenie, że wykonawca posiada bliżej nieokreśloną zdolność kredytową oraz jedynie możliwość ubiegania się o kredyt w wymaganej przez Zamawiającego wysokości, nie oznacza, iż bank na dzień wydawania opinii, po spełnieniu obowiązujących w banku tym warunków, takiego kredytu by udzielił.** Ponadto w wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 4 marca 2003 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-233/03, Zamówienia Publiczne w Orzecnictwie 2003/2, poz. 38) czytamy: W rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 czerwca 2002 roku w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od dostawcy lub wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków uprawniających do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne (Dz. U. 2002 r. Nr 91 poz. 817) w § 2 ust. 1 pkt 7 wskazano, że dokumentem tym jest informacja banku, w której potwierdza się wielkość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową dostawcy lub wykonawcy. Dokumentu takiego żądał od oferenta w postępowaniu o zamówienie publiczne na dokończenie budowy hali sportowej Zamawiający. Załączony do oferty dokument banku z dnia 8 stycznia 2003 roku zawiera stwierdzenia odnośnie wielkości obrotów na koncie. **Nie zawiera informacji dotyczącej wielkości środków finansowych na koncie, jak również informacji o zdolności kredytowej oferenta na dzień wydania tego dokumentu. Stosownie więc Zamawiający ustalił, że dokument ten nie spełnia wymagań SIWZ i nie uwzględnił oferty odwołującego w ocenie cenowej.** Tym samym wykonawca ten nie znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie przedmiotowego zamówienia, a zatem powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, co potwierdza wyrażnie wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 10 lipca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-786/07, LexPolonica nr 2028218): **Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, że określenie „wyklucza się” oznacza nałożony przez ustawodawcę na Zamawiającego obowiązek dokonania czynności wykluczenia w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wykluczenia.** Analogicznie również wyroki Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych:

- z dnia 24 kwietnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-456/07, LexPolonica nr 1998674): **Przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie dopuszczając w tym zakresie jakichkolwiek uzupełnień;**
- z dnia 10 listopada 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2743/06, LexPolonica nr 1975197): **Od sytuacji gdy wykonawcy nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź złożyli dokumenty zawierające błędy należy odróżnić sytuację, gdy wykonawcy przedstawiają dokument prawidłowy pod względem formalnym, ale jego treść nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku Zamawiający nie ma prawa żądania jego uzupełnienia w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim przypadku zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych na Zamawiającym ciąży obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten nie dopuszcza jakichkolwiek uzupełnień.**

Podniesienia wymaga również, że wybór oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach odbył się z naruszeniem art. 66 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Prawa zamówień publicznych, art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 86 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. **Zważyć bowiem należy, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach, podczas gdy oferta została złożona jedynie w imieniu**

Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. Świadczy o tym jednoznacznie treść załącznika nr 1 – Formularza oferty złożonego przez Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. W nagłówku tego pisma, w miejscu na pieczęć wykonawcy lub wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia umieszczono pieczęć jedynie Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o., nie wspominając, iż oferta jest składana również w imieniu Elmo S.A. w Siedlcach lub Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach. Zatem Zamawiający bezzasadnie dokonał wyboru oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. – Elmo S.A. w Siedlcach, podczas gdy ofertę złożyło jedynie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. Oferta ta jest niezgodna z postanowieniami części X lit. B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia normującymi wspólną ofertę, a więc ofertę złożoną przez kilka podmiotów, i powinna zostać uznana za ofertę wyłącznie Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. Powyższe jednoznacznie potwierdza ugruntowane stanowisko orzecznicze. W wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-501/07, LexPolonica nr 2002355) stwierdzono: Z treści oferty złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w znaczeniu nadanym jej art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, musi jednoznacznie wynikać, kto jest oferentem. Ma to istotne znaczenie zwłaszcza, gdy ofertę może pełnomocnik złożyć samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Zamawiający nie może tego domniemywać na podstawie innych okoliczności, w tym dokumentów. Tym bardziej, że w postępowaniu o zamówienie publiczne to kto jest oferentem ma również znaczenie dla innych uczestników postępowania, zwłaszcza do oceny czy nie jest ono prowadzone z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji czy jawności postępowania. Dał temu wyraz ustawodawca w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. W przepisie tym ustawodawca wprowadził obowiązek ujawnienia podczas otwarcia ofert m.in. nazw (firm) wykonawców i ich adresy. W uzasadnieniu tego orzeczenia czytamy m.in.: Ustalono, że w formularzu ofertowym jako oferent składający ofertę wskazana została „C.” Sp. z o.o. z siedzibą w W., natomiast „C.” S.A. z siedzibą w W. ujawniona została w załączonej do formularza ofertowego dokumentacji tj. umowie konsorcjum oraz niektórych dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe zdaniem Zespołu Arbitrów świadczy o tym, że spółka „C.” złożyła ofertę w imieniu własnym. Złożenie oferty w cudzym imieniu lub również w cudzym imieniu musi być bowiem ujawnione wobec osób trzecich. Z treści oferty złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w znaczeniu nadanym jej art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, musi jednoznacznie wynikać, kto jest oferentem. Ma to istotne znaczenie zwłaszcza, gdy ofertę może pełnomocnik złożyć samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Zamawiający nie może tego domniemywać na podstawie innych okoliczności, w tym dokumentów. Tym bardziej, że w postępowaniu o zamówienie publiczne to kto jest oferentem ma również znaczenie dla innych uczestników postępowania, zwłaszcza do oceny czy nie jest ono prowadzone z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji czy jawności postępowania. Dał temu wyraz ustawodawca w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. W przepisie tym ustawodawca wprowadził obowiązek ujawnienia podczas otwarcia ofert m.in. nazw (firm) wykonawców i ich adresy. Nadmienić należy, że stanowisko, iż w przypadku oferty składanej wspólnie w formularzu ofertowym należy wskazać wszystkich wykonawców składających taką ofertę znajduje potwierdzenie w orzecznictwie (zob. wyroki Zespołu Arbitrów z dnia 17 października 2003 r. UZP/ZO/0-1672/03 Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie 2003/4 poz. 3 i z dnia 16 maja 2005 r. UZP/ZO/0-971/05. W konsekwencji wybrano innego wykonawcę niż tego, który złożył ofertę (pismo znak: 1/TID/HXH/PS/07 z dnia 5 kwietnia 2007 r. Identycznie także wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2003 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1672/03, Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie 2003/4, poz. 3): Zdaniem Zespołu Arbitrów potwierdził się zarzut Odwołującego, że oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nieprawidłowo

  
Iredziejska Anna

oznaczyl się jako jednostka składająca ofertę. W rubryce „pełna nazwa oferenta” wskazał nazwę, pod jaką występuje w ramach umowy konsorcjum. Zdaniem Zespołu Arbitrów konsorcjum nie ma osobowości prawnej i w rubryce „pełna nazwa oferenta” winny być wpisane dane oferentów tworzących konsorcjum z dopiskiem nazwy pod jaką występują. Tym samym oferent nie spełnił wymogów SIWZ i zdaniem Zespołu Arbitrów Zamawiający nie odrzucając jego oferty naruszył treść art. 27a ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Tekst jednolity: Dz. U. 2002 r. Nr 72 poz. 664).

Jak wykazano powyżej, żądania Protestującego zgłoszone w niniejszym piśmie znajdują uzasadnienie w ugruntowanych poglądach praktyki orzeczniczej arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych. Można tu również powołać:

- 1.) wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 21 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2307/06, LexPolonica nr 1955750): Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą;
- 2.) wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 10 maja 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-1305/06, LexPolonica nr 1549388): W sytuacji gdy oferta uznana za najkorzystniejszą jest sprzeczna w treści z treścią siwz, wybór dokonany przez Zamawiającego narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 3.) wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 26 stycznia 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-174/06, LexPolonica nr 1159674): W sytuacji gdy treść oferty jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający ją odrzuca;
- 4.) wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 18 maja 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1382/06, LexPolonica nr 1902437): Wybór oferty, która nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest podstawą do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5.) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 108/07, LexPolonica nr 2061823): Zamawiającemu nie wolno domniemywać faktów, które mogłyby się okazać korzystne dla wykonawców, ani twierdzić na podstawie innych dokumentów niż załączone do oferty, że wykonawca ma prawo uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 6.) wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 29 października 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1270/07, LexPolonica nr 2055385): Wymóg równego traktowania oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów;
- 7.) wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 8 września 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2428/06, LexPolonica nr 1957737): Katalog przesłanek wykluczenia z postępowania jest zamknięty i określa je art. 24 ustawy. Jednocześnie w przypadku zaistnienia którejkolwiek z nich zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Wątpliwości może budzić określenie „wyklucza się”, w szczególności, czy wykluczenie następuje z mocy prawa, przy zaistnieniu jednej z przesłanek wykluczenia, czy też jest ono czynnością zamawiającego. Konsekwencje przyjęcia pierwszego rozwiązania byłyby dla wykonawcy bardzo niekorzystne. Gdyby do wykluczenia dochodziło z mocy prawa, wykonawcy nie przysługiwałyby żadne środki ochrony prawnej. Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, że określenie „wyklucza się” oznacza nałożony przez ustawodawcę na zamawiającego obowiązek dokonania czynności wykluczenia w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wykluczenia.

  
Jędrzejewska Anna


Zważyć ponadto należy, iż wykonawca, którego oferta została skutecznie odrzucona, traci interes prawny i nie przysługuje mu prawo do kwestionowania kolejnych decyzji zamawiającego (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6 kwietnia 2006 r., UPZ/ZO/0-959/06).

Ponadto podnieść należy, że dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia wymagań SIWZ oraz Prawa zamówień publicznych powoduje, iż podpisanie umowy z oferentem, którego oferta zawiera powyższe uchybienia jest nieważna w świetle art. 146 ust. 1 pkt 5 lub 6 Prawa zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, iż zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego obarczone są istotnymi wadami prawnymi. Złożenie więc niniejszego protestu jest konieczne dla ochrony interesu prawnego Protestującego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, który polega na niebezpieczeństwie pozbawienia Protestującego możliwości zawarcia umowy z Zamawiającym, pomimo że jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu.

Mając na uwadze przytoczoną argumentację, wnoszę jak na wstępie niniejszego protestu.

Proszę o potwierdzenie drogą faksową na nr faksu 022-24-43-541 wpływu niniejszego protestu do Zamawiającego.

  
Tedrzejewska Anna