

WYROK
z dnia 12 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Barbara Bettman**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 26 października oraz 9 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1. Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Chodkiewicza 15, 85-065 Bydgoszcz (lider), 2. ECM Group Polska Sp. z o. o., al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (partner); adres do korespondencji: Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Jagiellońska 94 c, 85-027 Bydgoszcz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaj FORDON Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** protestu z dnia 11 września 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: 1. EGIS Poland Sp. z o. o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska – Pełnomocnik (lider), 2. EGIS Rail SA, Oddział w Polsce, ul. Puławska 162. 02-670 Warszawa w imieniu EGIS RAIL SA 25 Crs Emile Zola, 69625 Villeurbanne Codex/Francja (partner)** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak również unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz

powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zakresie nazwy firmy Lidera Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Tramwaj FORDON Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: 1. Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Chodkiewicza 15, 85-065 Bydgoszcz (lider), 2. ECM Group Polska Sp. z o. o., al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (partner); adres do korespondencji: Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Jagiellońska 94 c, 85-027 Bydgoszcz,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Tramwaj FORDON Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Chodkiewicza 15, 85-065 Bydgoszcz (lider), 2. ECM Group Polska Sp. z o. o., al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (partner); adres do Biuro korespondencji: Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Jagiellońska 94 c, 85-027 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Chodkiewicza 15, 85-065 Bydgoszcz (lider), 2. ECM Group Polska Sp. z o. o.,**

**al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (partner); adres do
Biuro korespondencji: Projektów Budownictwa Komunalnego
w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Jagiellońska 94 c, 85-027 Bydgoszcz.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego PN: „*Opracowanie dokumentacji projektowej na budowę linii tramwajowej dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońska, Lewińskiego, Akademicka i Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód” - Nr sprawy: TF/01/2009*”, zostało wszczęte przez Tramwaj FORDON Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 107-155365 w dniu 06.06.2009 r.

W dniu 03.09.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum firm: 1. EGIS Poland Sp. z o. o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska – Pełnomocnik (lider), 2. EGIS Rall SA, Oddział w Polsce ul. Puławska 162. 02-670 Warszawa w imieniu EGIS RAIL SA 25 Crs Emile Zola, 69625 Villeurbanne Codex/Francja (partner) zwanym dalej: „Konsorcjum EGIS” albo „Przystępującym” oraz odrzuceniu oferty Konsorcjum firm: 1. Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Chodkiewicza 15, 85-065 Bydgoszcz (lider), 2. ECM Group Polska Sp. z o. o., al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (partner); adres do korespondencji: Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy Sp. z o. o., ul. Jagiellońska 94 c, 85-027 Bydgoszcz zwanym dalej: „Konsorcjum bPbb” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z tego powodu, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz oferta została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak również o wykluczeniu Protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, z tego powodu, iż Wykonawca nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie, warunków udziału w postępowaniu (aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dotyczącej członka Zarządu Lidera Konsorcjum Pani

Lidii Wilniewicz, aktualnej polisy - polisa wystawiona przez ERGO HESTIĘ (str. 35 oferty) dla Partnera Konsorcjum: ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o. jest nieważna ponieważ obejmuje okres ubezpieczenia do 25.06.2009 r. Zgodnie z zapisem pkt. 11.1.4.2 SIWZ Zamawiający wymagał „*aktualnej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na minimalną sumę ubezpieczenia 2.000 000,- PLN.*”). Na dzień składania ofert, tj. 22.07.2009 r. ww. polisa nie potwierdza spełnienia warunku udziału określonego w pkt. 10.1.3.2. SIWZ) oraz z tej przyczyny, iż dokumentów przedstawionych przez Lidera Konsorcjum tj.: BIURO PROJEKTÓW BUDOWNICTWA KOMUNALNEGO W BYDGOSZCZY Sp. z o.o. wynika rozbieżność dotycząca nazwy firmy. Treść dokumentu aktualnego odpisu z właściwego rejestru - dotyczy BIURA PROJEKTÓW BUDOWNICTWA KOMUNALNEGO W BYDGOSZCZY Spółki z o.o. wpisanej do Rejestru Przedsiębiorców przez Sąd Rejonowy w Bydgoszczy XIII Wydział Gospodarczy pod nr KRS 0000248370. Natomiast z treści dokumentów złożonych na potwierdzenie warunków udziału (str. 18, 20, 103-104, 105-106 i 107 oferty) wynika, że nazwa Lidera Konsorcjum jest inna: BIURO PROJEKTÓW BUDOWNICTWA KOMUNALNEGO - WODOCIĄGI I KANALIZAGA -

ZARZĄDZANIE, KONSULTING Sp. z o.o. - wymagane byłoby wyjaśnienia w świetle art.24 ust. 4 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Z uwagi na to że, oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający nie jest uprawniony do zastosowania dyspozycji zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż przepis ten nie zezwala na wezwanie Wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 do ich złożenia, jeżeli jego oferta podlega odrzuceniu. Wpływu na ocenę spełnienia warunków udziału nie miałoby też wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art.24 ust. 4 Pzp.

Złożona oferta nr 7 wymagała ustalenia, czy cena oferty zawiera rażąco niską cenę. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 28.07.2009 r. wszczął postępowanie wyjaśniające określone w art. 90 Pzp, zwracając się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W dniu 31.07.2009 r. Wykonawca odpowiedział na pismo Zamawiającego, nie przedstawiając jednak w swoich wyjaśnieniach żadnych argumentów uzasadniających zaoferowaną cenę, nie skorzystał z możliwości załączenia dowodów, które pozwoliłyby Zamawiającemu zaakceptować cenę jego oferty. Wykonawca w swych wyjaśnieniach nie udowodnił, że jego cena jest rzetelnie wyliczona i wiarygodna. Cena zaoferowana przez Wykonawcę może w sposób negatywny wpłynąć na jakość zrealizowanego zamówienia. Jest ona 66% niższa niż cena ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Zamawiający oceniając wyjaśnienia nie mógł wziąć pod uwagę żadnych argumentów Wykonawcy np.: obiektywnych czynników,

w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne oraz wpływ pomocy publicznej na wykonanie zamówienia, ponieważ nie zostały mu one przedstawione. W związku z powyższym, z powodu braku argumentów i dowodów pozwalających ustalić Zamawiającemu, że cena Wykonawcy jest rzetelnie wyliczona i wiarygodna i że nie będzie miała wpływu na jakość zrealizowanego zamówienia, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 11.09.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i 2 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp złożyła protest na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego: 1. wybór oferty najkorzystniejszej, 2. odrzucenie oferty Protestującego, 3. wykluczenie Protestującego z postępowania, 4. zaniechanie wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, 5. zaniechanie wezwania Protestującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w zakresie nazwy firmy Lidera Protestującego.

Zarzucił naruszenie:

1) art. 90 ust. 2 i ust. 3 Pzp, 2) art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, 3) art. 91 Pzp, 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, 6) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Zażądał: 1. uwzględnienia protestu w całości; 2. unieważnienia czynności wyboru oferty; 3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Protestującego; 4. unieważnienia czynności wykluczenia Protestującego z postępowania; 5. powtórzenia czynności badania i oceny ofert wraz z wezwaniem Protestującego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz wezwaniem Protestującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w zakresie nazwy firmy Lidera Protestującego; 6. dokonanie wyboru oferty Protestującego jako oferty ważnej i najkorzystniejszej, zgodnie z kryterium ceny, zastosowanym w ww. postępowaniu. Powyżej czynności i zaniechania Zamawiającego naruszyły interes prawny Protestującego, którego oferta przedstawia najkorzystniejszą cenę i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego. Czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły Protestującemu uzyskanie zamówienia, a uwzględnienie w całości przedmiotowego protestu pozwoliłoby Zamawiającemu usunąć błędy postępowania i udzielić zamówienia Protestującemu.

Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Protestującego jest wadliwa, a argumentacja podana na jej uzasadnienie nie zasługuje na uwzględnienie, w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 2 Pzp. Protestujący podał w ofercie cenę wyliczoną rzetelnie i wiarygodną. Co więcej, na żądanie Zamawiającego otrzymał on szczegółowe zestawienie kosztów wykonania przedmiotowej usługi, które nie zostało przez Zamawiającego zakwestionowane w żadnym punkcie, bowiem w uzasadnieniu faktycznym

na str. 5 pisma z dnia 3.09.2009 r. Zamawiający nie wyjaśnił konkretnie dlaczego nie uznaje za wiarygodne poszczególne pozycje z kosztów wykonania usługi przedstawionego przez Protestującego. Zamawiający ograniczył się do niezgodnego z prawdą stwierdzenia, iż: „Wykonawca nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach żadnych argumentów uzasadniających zaoferowaną ceną, nie udowodnił, iż jego cena jest rzetelnie wyliczona i wiarygodna”. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Protestujący podał obiektywne czynniki takie jak: dobrze zorganizowana siatka współpracowników, odpowiednie zaplecze techniczno-organizacyjno-logistyczne, wykwalifikowana kadra, wdrożony system zarządzania zasobami ludzkimi, lokalny charakter, które to czynniki wpłynęły na wysokość podanej w ofercie ceny. Zamawiający nie dokonał starannej oceny ww. wyjaśnień i nie przedstawił niezbitę argumentacji, iż wyjaśnienia Protestującego w tym zakresie są niewiarygodne. Wskazał, iż do samej oferty dołączone są dokumenty, których ponowne załączanie do pisma Protestującego z dnia 30.07.2009 r. było bezprzedmiotowe, a które udowadniają staranną i prawidłową realizację przez Protestującego zamówień o wartości porównywalnej z niniejszym zamówieniem, dysponowanie zapleczem osobowe oraz doświadczeniem. Fakt, iż w wielu aspektach realizacji zamówienia Protestujący jest samodzielny i nie korzysta z podwykonawców stanowi oszczędność, która również znalazła odzwierciedlenie w cenie niniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Reasumując, Protestujący stwierdził, iż odrzucenie złożonej przez niego oferty dokonane zostało z rażącym naruszeniem art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, bowiem Zamawiający nie ocenił obiektywnie wyjaśnień złożonych przez Protestującego, czego jawnym dowodem jest brak przedstawienia choćby jednego konkretnego zarzutu wobec argumentów Protestującego i załączonej kalkulacji ceny. Zamawiający w sposób nieobiektywny, arbitralny i całkowicie nieuzasadniony ograniczył się do stwierdzenia, iż cena oferty Protestującego jest rażąco niska, bowiem: „*jest ona o 66% niższa niż cena ustalona przez; Zamawiającego, przed wszczęciem postępowania.*” Zauważył, iż nie można *a priori* wykluczyć, iż to Zamawiający dokonał „przeszacowania” wartości swego zamówienia.

Ustawa nie definiuje pojęcia: „*rażąco niska cena*”, ani też nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę dokonując kwalifikacji pod to pojęcie. Dyrektywy europejskie także nie definiują tego pojęcia. Pozwala to na zupełną dowolność w ocenie ofert i kwalifikowaniu ceny jako „*rażąco niskiej*”. „*Rażąco niska cena*” jest pojęciem subiektywnym i relatywnym. Aby stwierdzić, że cena jest rażąco niska trzeba porównać ją z inną wartością. W orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego rzeczywista wartość (wyrok SO w Poznaniu 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05, wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-69/05). Najogólniej rzecz ujmując, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać taką ofertę, której cena pozostaje w rażącej dysproporcji do indywidualnie oferowanego świadczenia. Można mówić o „*rażąco niskiej cenie*” wtedy,

gdy cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest ani wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp chroni Zamawiającego przed ceną spekulacyjną - która dla danego wykonawcy niesie ryzyko nie wywiązania się z kontraktu, zaś dla Zamawiającego - niebezpieczeństwo uwikłania się w złe rokujące przedsięwzięcie (str. 452 Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, wyd. C.H. Beck). Z wyżej opisanymi zagrożeniami nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ani na pewno nie dotyczy Protestującego, który przez okres 50 lat istnienia na rynku projektowym w podobnych relatywnie cenach (zgodnie z potrzebami rynkowymi) realizował zamówienia. Okoliczność, że cena protestującego jest najkorzystniejszą nie może stanowić dyskwalifikacji oferty Protestującego na podanej podstawie.

Zamawiający rozpisując dane zamówienie nie podał konkretnej szacunkowej wartości zamówienia określając widełkowo cenę powyżej progów unijnych, podano informację o zakresie kwotowym pomiędzy 206 000 a 10.000.000 euro. Tym samym sam Zamawiający przewidywał możliwość złożenia ofert poniżej kwoty 10.000.000 euro wskazując dolny próg na kwotę 206 000 euro. Z tabeli „*Zbiórczego zestawienia ofert*” Druk ZP-12 sporządzonego przez Zamawiającego wynika, że rozpiętość pomiędzy cenami za dane zamówienie była znaczna od najkorzystniejszej ceny zaoferowanej przez Protestującego nr 7 - 4.149.999,58 zł. do kwoty oferenta nr 5 - 16.339.999,24 zł. Oferta uznana za najkorzystniejszą zawiera cenę 8.247.376,90 zł. Protestujący udowodnił, w jego ocenie, w piśmie z dnia 30.07.2009 r., że gwarantuje realizację niniejszego zamówienia na poziomie zgodnym z oczekiwaniami Zamawiającego, dowodem była tabela oszacowania zamówienia. Cena zaoferowana przez

Protestującego mieściła się w szacunkowej wartości zamówienia podanej przez samego zamawiającego, niczym nie jest uzasadniona okoliczność, że oferty wykonawców oferujących ceny powyżej 5.000.000 zł. są bardziej wiarygodne dla Zamawiającego niż oferty poniżej tej kwoty. Pzp stoi na straży racjonalnego, oszczędnego wydatkowania pieniędzy publicznych przez podmioty z sektora finansów publicznych. Tym samym przewidywana jest odpowiedzialność z ustawy o dyscyplinie finansów publicznych.

Zamawiający ponadto pominął fakt, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej, ceny w zakresie ich realizacji mogą stanowić konkurencyjność z uwagi choćby na stały zespół współpracujący od wielu lat. Podkreślił, iż wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością. Ponadto, wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 Pzp, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W tym przypadku, odniesienie ceny do wartości zamówienia

powiększonej o VAT ma charakter jedynie pomocniczy i służyć powinien jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy. W przypadku sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale różni się w sposób rażący od innych cen, zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować czy przyjęta przez niego wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT) była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że tak określona wartość została ustalona z nienależytą starannością Zamawiający powinien jej brać pod uwagę jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

W przypadku nienależytego oszacowania wartości zamówienia, Zamawiający na nowo powinien dokonać jej ustalenia. Zauważyć jednak należy, iż modyfikacja ceny, a co się z tym wiąże modyfikacja wartości zamówienia służy wyłącznie do ustalenia rażąco niskiej ceny. Wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego co do zasady nie ulegnie zmianie. Zgodnie bowiem z art. 35 Pzp ustalenie wartości zamówienia dokonuje się przed dniem wszczęcia postępowania. W sytuacji błędnego oszacowania wartość zamówienia skutkującego tym, iż zamówienie prowadzone jest poniżej progów określonych w ustawie, zamawiający winien natomiast rozważyć, czy nie zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania.

W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jako sprzeczne z ustawą należy uznać automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert bez możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) niedopuszczalne, jako z zasadą rzeczywistej konkurencji sprzeczne wspierania w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi też rażące naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, bowiem naruszona została zasada

uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, poprzez jawnie preferowanie Wykonawców, którzy złożyli oferty z ceną zbliżoną do wartości szacunkowej zamówienia oraz zasada bezstronności i obiektywizmu, w tym w szczególności w ocenie wyjaśnień złożonych przez Protestującego w trybie art. 90 Pzp.

Zamawiający w sposób rażący naruszył reguły określone w art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp

w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Protestujący oprotował czynność jego wykluczenia z postępowania na wyżej podanej podstawie prawnej oraz czynność zaniechania wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz czynność zaniechania wezwania Protestującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w zakresie nazwy firmy Lidera Protestującego. Wskazał, że Zamawiający wzywa obligatoryjnie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Protestujący nie został wezwany do uzupełnienia żadnych dokumentów, jak też do przedłożenia dokumentów brakujących czy zawierających błędy. Zamawiający może uchylić się od tego obowiązku tylko w sytuacji, gdy mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Dyspozycja przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp została poprzez zaniechanie wyżej opisanych czynności rażąco naruszona przez Zamawiającego, w konsekwencji Zamawiający poprzez ustalenie, że Protestujący podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Bowiem Protestujący nie został wezwany w trybie art. 26 ust. 2 Pzp do uzupełnienia dokumentów, które mogłyby uzasadniać zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający poprzez zaniechanie w/w opisanych czynności naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem Protestujący nie podlega wykluczeniu jak to sugerują art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający w sposób rażąco naruszył reguły określone w przepisach prawa

zamówień publicznych w art. 91 ust. 1 Pzp. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena i z porównania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu niezbicie wynika, że oferta Protestującego w zakresie ceny jest ofertą najkorzystniejszą i wobec tej okoliczności podlegającą wyborowi. Podniósł, że w toczących się w roku bieżącym postępowaniach w Dąbrowie Górniczej oraz w postępowaniu (przetarg się odbył dnia 31.07.09.) na „Wykonanie dokumentacji projektowej na budowę trasy tramwajowej os. Lecha - Franowo wraz z pętlą tramwajową w Poznaniu oraz uzyskanie prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę”, oferty złożone przez wykonawców opiewały na porównywalne kwoty jaka widnieje w ofercie Protestującego. Oferta najniższa w powoływanym przetargu wynosiła 3 032 000 zł. Dowodzi to, że cena zaproponowana przez protestującego w niniejszym postępowaniu nie odbiega w sposób rażąco od ofert innych wykonawców biorących udział w postępowaniach o porównywalnym przedmiocie zamówienia.

W dniu 14.09.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 17.09.2009 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum EGIS w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego. Wnosił o: 1) oddalenie protestu w całości przez Zamawiającego, 2) utrzymanie w mocy wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Protestujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, zawierającą cenę o 66% niższą, niż przedmiot zamówienia. W związku podejrzeniem, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Zamawiający w dniu 28.07.2009 r. wszczął postępowanie wyjaśniające i wezwał Protestującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Na podstawie art. 90 ust. 2, Zamawiający oceniając wyjaśnienia, brał pod uwagę obiektywne czynniki,

w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielanej na podstawie odrębnych przepisów. Dodatkowo, Wykonawca wyjaśniając zaoferowaną cenę, miał prawo skorzystać z przysługującego mu prawa załączenia dowodów. Protestujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, udzielił bardzo ogólnikowych wyjaśnień, nie zawierając przy tym żadnych konkretnych. Nie sposób bowiem uznać za obiektywny czynnik kształtujący cenę opracowany i wdrożony system zarządzania zasobami ludzkimi, sprawny zarząd czasem specjalistów, czy też że posiadanie kadry wykwalifikowanych specjalistów,

Biorąc pod uwagę, iż w ofercie należało wykazać się dysponowaniem 18 specjalistami w dziedzinie projektowania, każdy Wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, takimi specjalistami dysponuje. Słusznie zatem Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego jako zawierającą rażąco niską cenę, gdyż nie był w stanie na podstawie udzielonych przez Protestującego wyjaśnień, odnaleźć i ocenić obiektywnych czynników kształtujących cenę Protestującego skalkulowaną na takim niskim poziomie. Ponadto podkreślił, iż kalkulacja ceny, przedstawiona w wyjaśnieniach nie potwierdza, iż za taką cenę Protestujący jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. W opinii Przystępującego niniejsza wycena potwierdza jedynie, iż cena jest rażąco niska.

Brak jest w niniejszej wycenie wyszczególnienia istotnych branż, niezbędnych do realizacji projektu, takich jak np. telekomunikacja, architektura krajobrazu czy ochrona środowiska, a branże przedstawione są zdaniem Przystępującego zaniżone - na dowód załączył zakres i wycenę samej branży geologicznej, niezbędnej do należytego wykonania projektu. Zdaniem Przystępującego sama branża geologiczna jest możliwa do realizowania, ale za cenę na poziomie ok. 200 tys. zł. Protestujący natomiast wycenił ją na poziomie 30 tys. zł, podając jedynie wynagrodzenie ekspertów. Nawet gdyby założyć, iż wszelkie inne koszty np. wierceń geologicznych, wykonania próbek itp. Protestujący ujął w pozycji „Pozostałe koszty oraz składniki wpływające na cenę” - 949 639,00 zł, kwota ta jest zaniżona, i nie jest w stanie pokryć wszystkich pozostałych kosztów wykonania projektu. Jak zostało wykazane powyżej kwota ta musiałaby pokryć nie tylko koszty geologiczne, ale też ochronę środowiska, telekomunikację, architekturę krajobrazu i wszelkie inne koszty związane z realizacją projektu. W opinii Przystępującego, nie jest to możliwe przy obecnych cenach rynkowych. Dodatkowo, sama konstrukcja wyceny powoduje, że trudno w niej znaleźć poszczególne elementy zamówienia i odnieść się do nich w jakiś sposób. Realizacja zadania na podstawie tak ogólnego zaniżonego szacunku spowodowałaby na etapie projektowania niedoszacowanie wartości inwestycji ze względu na brak odpowiednich danych (jakościowo i ilościowo) lub przeszacowanie ze względu na projektowanie „z zapasem” w celu zabezpieczenia się przed konsekwencjami błędów projektowych. Dodatkowo zwrócił uwagę na orzecznictwo w zakresie rażąco niskiej ceny, potwierdzające stanowisko Zamawiającego i Przystępującego w kwestii rażąco niskiej ceny:

a) Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-766/07: *„Wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 Pzp powinny być zgodne z kierunkiem ich oceny wskazanym w ust 2 tego artykułu. Wykonawca powinien zatem wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przy tym wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowo i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie*

powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 mówi o „dowodach” na ich potwierdzenie”.

b) Wyrok KIO z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/790/08; KIO/UZP 687/08: *„Podstawą porównań do stwierdzenia rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia, a właściwie jego wycena przez Zamawiającego w postaci szacunkowej wartości zamówienia z uwzględnieniem obowiązujących stawek VAT (KIO),*

c) Wyrok KIO z dnia 14.02.2006 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08: *„Za rażąco niską można uznać cenę w wypadku, jeśli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN rażący to: rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży” - cena Protestującego jest aż o połowę niższa od ceny oferty wybranej jako najkorzystniejszej;*

d) Wyrok KIO z dnia 11.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 273/08: *„Oferta podlega odrzuceniu*

o ile zawiera wyrażnie i woczywisty, bezsporny sposób zaniżoną cenę Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienie i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienie wartości szacunkowej. (...) Samo porównanie cen: ustalonej przez zamawiającego oraz oferty wykonawcy, którego cena znacznie odbiega od ustalonej przez zamawiającego nie uprawnia do odrzucenia oferty. Celowe jest przeprowadzenie analizy zaoferowanej ceny także w stosunku do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeinaczyć na realizację zamówienia oraz rzeczywistych cen rynkowych”;

e) Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4.04.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-452/07: „Zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie cen dwukrotnie i trzykrotnie niższych od cen Innego wykonawcy, a także wielokrotnie niższych od szacowanych wartości zamawiającego powinna wzbudzić wątpliwość”. Oferta Protestującego zawiera cenę nierealistyczną, pozostającą w rażącej dysproporcji do ofertowanego świadczenia, nieumożliwiającą wykonania przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy i zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego - cena oferty wybranego wykonawcy znajduje się na poziomie 8 247 376,90 zł brutto, podczas gdy oferta Protestującego została złożona z ceną 4 149 999,58 zł brutto, czyli dwukrotnie niższą. Nie bez znaczenia tutaj jest też wartość kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego, który przygotowując postępowanie z pewnością rzetelnie oszacował kwotę zamówienia, mającą zagwarantować odpowiednią jakość wykonania.

Przystępujący do postępowania ma interes prawny w przystąpieniu po stronie Zamawiającego, bowiem Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Złącznikiem założenia do wyceny branży geologicznej. Kopia przystąpienia została faxem przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 24.09.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Mając na względzie okoliczności przedstawione w proteście oraz stan faktyczny

i prawny, Zamawiający zważył, co następuje:

Bezpodstawne są zarzuty Protestującego, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odrzucając ofertę Protestującego. Na skutek wystąpienia Zamawiającego Protestujący przedstawił wyjaśnienia, które potwierdzają że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynika to stąd, że Protestujący wskazał wynagrodzenie miesięczne zespołu brutto i przemnożył to przez założony czas zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia. Ten sposób określania wysokości wynagrodzenia jest dopuszczalny w przypadku wykonywania zobowiązań na usługi dla których podstawą ich realizacji jest umowa starannego działania (np. umowa zlecenia) nie zaś w przypadku świadczeń na usługi projektowe, których wykonanie nastąpi na podstawie umowy o dzieło, gdzie istotny jest rezultat prac projektantów nie zaś ich ciągłe działanie powiązane z rezultatem wykonanej usługi. Ma to fundamentalne znaczenie dla rozkładu ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia bowiem Wykonawca, z którym Zamawiający zawrze umowę uzyska wynagrodzenie tylko i wyłącznie za opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dwutorowej linii tramwajowej wraz z przebudową układu drogowego wzdłuż projektowanej linii tramwajowej wymaganej dla uzyskania współfinansowania ze środków pomocowych UE w ramach krajowego Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, nie zaś za podjęcie starań w tym zakresie przez okres 24 miesięcy. Wskazana okoliczność sprawia, że sposób wynagrodzenia zespołu projektantów nie odpowiada typowi umowy jaką zawrą Zamawiający i Wykonawca.

Dowód:

1) załącznik do pisma Protestującego z dnia 30.07.2009 r. zatytułowany „Szacowanie kosztów wykonania usługi dla postępowania: „Opracowanie dokumentacji projektowej na budowę linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońska, Lewińskiego, Akademicka i Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy”.

Ponadto w przypadku ceny zawartej w ofercie Protestującego która jest o 66 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia, Protestujący nie uwzględnił kosztów usług projektantów w specjalności kolejowej bez ograniczeń - co najmniej 1 projektant i co najmniej 1 sprawdzający - co ze względu na zakres przedmiotu zamówienia obejmujący:

a) wymóg, aby przebieg projektowanej linii tramwajowej o długości ok. 9,6 km był zgodny z wariantem nr 1, ujętym w studium wykonalności i wybranym do realizacji w wyniku wykonanej analizy wielokryterialnej, który zakłada przebieg linii w korytarzu ulic Andersa, Akademicka i Lewińskiego z połączeniem do ulicy Fordońskiej, poprzez projektowaną estakadę (długości ok. 430 m) nad torami kolejowymi linii nr 18 Kutno -Piła, linii nr 201 Nowa

b) wymóg, aby opracowanie uwzględniało zmiany dotyczące funkcjonowania terenów w rejonie dworca kolejowego Bydgoszcz Wschód w uzgodnieniu zamkniętych z odpowiednimi jednostkami zarządzającymi infrastrukturą kolejową
- sprawia, że niemożliwe jest należyte wykonanie zamówienia bez uwzględnienia wynagrodzenia specjalistów świadczących usługi projektowe w tej dziedzinie.

Dowód:

1) załącznik do pisma Protestującego z dnia 30.07.2009 r. zatytułowany „Szacowanie kosztów wykonania usługi dla postępowania: „Opracowanie dokumentacji projektowej na budowę linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońska, Lewińskiego, Akademicka i Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy”

2) Załącznik nr 7 do SIWZ - str. 1

Brak jest także w cenie oferty uwzględnienia wynagrodzenia-projektantów i projektantów sprawdzających w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń - 1 projektant i 1 sprawdzający - w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń - 1 projektant i 1 sprawdzający. Pominięcie w cenie oferty wynagrodzenia dla co najmniej sześciu projektantów w 3 wymaganych przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu 3 specjalnościach stanowi podstawę uznania ceny oferty Protestującego za rażąco niską.

Bezpodstawne i nie miarodajne są stwierdzenia Protestującego zawarte w proteście oraz w piśmie z dnia 30.07.2009 r. w przedmiocie udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty Protestującego, z których wynika, że Protestujący podał obiektywne czynniki takie jak: dobrze zorganizowana siatka współpracowników, odpowiednie zaplecze techniczno – organizacyjno - logistyczne, wykwalifikowana kadra, wdrożony system zarządzania zasobami ludzkimi, lokalny charakter, które to czynniki wpływają na wysokość podanej ceny oferty. Protestujący tylko wymienił przedmiotowe czynniki, nie wskazując w jaki sposób wpływają na ustaloną przez niego cenę.

Dowód:

1) Pismo Protestującego z dnia 30.07.2009 r. w przedmiocie udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty Protestującego.

Art. 90 ust. 3 Pzp wymaga od Wykonawcy, aby załączone do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny dowody potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Takie wnioski płyną także nie tylko z wyroku KIO z dnia 17.03.2009 r., sygn. akt: KIOUZP 262/09, ale również potwierdza je stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie zawarte w wyroku z dnia 05.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, z których to wynika, iż wyjaśnienia wymagane od przedsiębiorców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska oraz, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień,

lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Trudno, aby Zamawiający oceniając załączone do wyjaśnień dowody mógł nie uznać ceny oferty Protestującego w przypadku, gdy jeden z istotniejszych elementów oferty dotyczący wynagrodzenia - co najmniej 6 minimalnie przez Zamawiającego wymaganych -projektantów i projektantów sprawdzających w trzech specjalnościach nie zostało w ogóle przez Protestującego uwzględnione. Jest to jeden z podstawowych powodów odrzucenia oferty Protestującego ze względu na to, że jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie można się zgodzić z poglądem zawartym w proteście, że Pzp nie wskazuje jakie kryteria należy brać pod uwagę dokonując kwalifikacji pod pojęcie „rażąco niskiej ceny”. Przede wszystkim rażąco niska cena oferty to cena, która nie zawiera elementów składających się na przedmiot świadczenia. Jeżeli istotnym elementem usług projektowych jest np. zaprojektowanie estakady (długości ok. 430 m) nad torami kolejowymi linii nr 18 Kutno - Piła, linii nr 201 Nowa Wieś Wielka - Gdynia Port oraz systemem bocznic kolejowych, a wykonawca nie ujmuje wynagrodzenia projektantów w specjalności kolejowej bez ograniczeń w cenie oferty to jest to klasyczny przypadek złożenia oferty z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto w art. 90 ust. 2 Pzp wskazano przykładowo dodatkowe kryteria, które należy brać pod uwagę przy ocenianiu wyjaśnień i złożonych przez wykonawcę dowodów.

śadne z wyjaśnień nie pozwalało uznać, że Protestujący wykona dokumentację projektową oszczędną metodą. W praktyce zamówień na usługi projektowe mamy do czynienia z dziełem o swoistych i niepowtarzalnych właściwościach wynikających z położenia nieruchomości w przestrzeni i funkcji jaką zamierzonemu przedsięwzięciu budowlanemu nadaje Zamawiający. Protestujący nie udowodnił, że zastosuje jakąkolwiek oszczędną metodę wykonania zamówienia ani nie ma podstaw do stwierdzenia, że jest ona w tym przypadku możliwa do zastosowania. Protestujący nie udowodnił, także, iż w jego przypadku zachodzą podstawy do zaistnienia innych zdarzeń pozwalających na dokonanie tak niskiej wyceny usług projektowych. Zamawiający wskazał, że w Polsce wskaźnik inflacji, przeszło 3,5 % przekracza poziom zakładany i brak jest podstaw do przyjęcia, że zachodzą szczególnie sprzyjające warunki wykonania zamówienia. Wzrost poziomu kontraktowania środków pochodzących z Unii Europejskiej na przedsięwzięcia infrastrukturalne w zakresie budowy dróg, autostrad, linii kolejowych i linii tramwajowych sprawia, że zapotrzebowanie na wykwalifikowanych projektantów w specjalnościach stanowiących przedmiot zamówienia jest niezwykle utrudnione i wymaga zapewnienia wysokiego wynagrodzenia. W przypadku oferty Protestującego, cena oferty nie tylko, że nie ujmuje wielu istotnych elementów zamówienia, ale tam gdzie te koszty są wskazane, Protestujący określił je na rażąco niskim poziomie. Obliczona przez Izbę Projektowania Budowlanego wysokość stawki za umowną jednostkę

nakładu pracy przy wycenach dokonywanych w roku 2009 na podstawie Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych przyjęta została na poziomie 17,20 zł i w sposób rażący odbiega od założeń przyjętych przez Protestującego. Co charakterystyczne wskaźnik ten jest wyższy aniżeli wyliczony przez Izbę Projektowania Budowlanego w 2008 r. Nawet jeżeli nie jest on podstawą normatywną przy dokonywaniu wycen prac projektowych to stanowi obiektywny miernik kosztów prac projektowych. Z tego punktu widzenia koszty prac projektowych wyliczone przez Protestującego na poziomie 4.149.999,58 zł są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oferta Protestującego zawiera cenę, która jest w rażącej dysproporcji do indywidualnie oferowanego świadczenia. Cena ta jest nierealna w stosunku do cen rynkowych. Ponadto cena ta nie uwzględnia uwarunkowań faktycznych związanych z opracowaniem projektu budowlanego i innych opracowań projektowych wraz ze złożeniem wniosków o decyzję o uzyskanie zgody na realizację inwestycji drogowej - w Urzędzie Miasta Bydgoszczy w odniesieniu do dróg gminnych i powiatowych oraz w Kujawsko - Pomorskim Urzędzie Wojewódzkim w odniesieniu do dróg krajowych i wojewódzkich, obejmującym:

- wykonanie projektu zagospodarowania terenu,
- wykonanie projektów architektoniczno - budowlanych obejmujących:
 - branżę torową,
 - branżę drogową,
 - branżę konstrukcyjną - estakada nad „Węzłem Wschodnim” wraz z obiektami towarzyszącymi,
- odwodnienie torowiska tramwajowego,
- przebudowę odwodnienia ulicznego w dostosowaniu do projektowanego układu przestrzennego ulic,
- projekty sygnalizacji świetlnej w punktach kolizji projektowanego torowiska tramwajowego z układem drogowym - części: programowa i elektroinstalacyjna,
- projekt dynamicznego systemu informacji pasażerskiej wraz z okablowaniem internetowym,
- projekt gospodarki istniejącym drzewostanem wraz z projektem szaty roślinnej,
- branżę kolejową, a w tym: przebudowę peronów stacyjnych, przebudowę torów kolejowych oraz sieci i urządzeń kolejowych (trakcja, energetyka, teletechnika, sterowanie) wynikających z przebudowy peronów i budowy estakady tramwajowej,
- projekt ewentualnych zabezpieczeń przed negatywnym wpływem ruchu tramwajowego i kołowego na środowisko.
- opracowanie operatów wodno - prawnych wraz z uzyskaniem pozwolenia wodno - prawnego,
- opracowanie projektu rozbiórki budynków i obiektów kolidujących z projektowaną trasą,
- opracowanie projektu gospodarki odpadami,

-
- opracowanie informacji BIOZ,
 - sporządzenie i złożenie wniosku o uzyskanie decyzji środowiskowej wraz z raportem

- oddziaływania na środowisko,
- wykonanie projektów wykonawczych we wszystkich branżach,
- wykonanie przedmiarów robót,
- wykonanie kosztorysów inwestorskich i ofertowych,
- wykonanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót,
- uzyskanie decyzji administracyjnych.

Dowód:

1) Postanowienie Zarządu Rady Koordynacyjnej Biur Projektów z posiedzenia w dniu 17.11.2008 r.;

2) Załącznik do pisma Protestującego z dnia 30.07.2009 r. zatytułowany „Szacowanie kosztów wykonania usługi dla postępowania: „Opracowanie dokumentacji projektowej na budowę linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońska, Lewińskiego, Akademicka i Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy”;

3) Załącznik nr 7 do SIWZ - str. 1.

Nie znajduje uzasadnienia prawnego i faktycznego powoływanie się przez Protestującego na fakt, iż przez okres 50 lat istnienia na rynku projektowym w podobnych relatywnie cenach realizował zamówienia. To, że przez okres 50 lat Protestujący realizował usługi projektowe nie oznacza, że składając ofertę nie złożył oferty z rażąco niską ceną. Wycena każdego zamówienia jest ad hoc dokonywana na potrzeby każdego indywidualnego postępowania i naruszenie zasad uczciwej konkurencji lub zaistnienie okoliczności odrzucenia oferty wskazanych w art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp może nastąpić mimo wieloletniego doświadczenia wykonawcy. Zwracamy w tym miejscu uwagę, na to że fakt funkcjonowania 50 lat na rynku Protestującego nie jest prawdziwy bowiem Protestujący uczestniczy w postępowaniu jako Konsorcjum dwóch podmiotów, a w takiej strukturze protestujący działać przez okres 50 lat nie mógł.

Bezpodstawne są zarzuty Protestującego, że zamawiający przewidywał możliwość złożenia oferty na kwotę 206.000 euro, gdyż zamówienie mieściło się w przedziale 206.000 euro do 10.000.000 euro. Protestujący ignoruje podstawowy fakt, iż wartość zamówienia (netto) nie jest ustalana przez Zamawiającego w przedziale cenowym lecz jest określona w konkretnej wysokości, która w niniejszym postępowaniu została wyznaczona w wysokości 10.000.000 zł co stanowi równowartość 2.579.247,38 euro. Wartość zamówienia ustalana dla potrzeb określenia wymagań związanych z prowadzonym postępowaniem o zamówienie publiczne nie może być nigdy utożsamiane z ceną oferty. Obydwie te wielkości mają inny charakter prawny i wysokość. W niniejszym postępowaniu

cena oferty. Protestującego jest rażąco niska nie tylko do przedmiotu zamówienia, ale także że stosunku do wartości zamówienia ustalonej z należytą starannością i do cen innych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. Nie sposób pominąć bowiem okoliczności, iż zaproponowana przez Protestującego cena oferty; nie tylko była aż o 66% niższa od wartości szacunkowej zamówienia, ale znacząca rozbieżność występuje też w relacji do cen ofert innych wykonawców. Z ich analizy wynika, że cena oferty Protestującego stanowi 42 % średniej ceny pozostałych ofert. Co istotne ponadto idąc w ślad za orzeczeniem KIO z dnia 3.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 769/09 należy przyjąć, iż ceny oferowane w aktualnie rozstrzyganych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie odpowiadającym niniejszemu zamówieniu przez pozostałych wykonawców same stanowią wystarczający wyznacznik aktualnych tendencji rynku tego rodzaju usług. W niniejszym postępowaniu złożono siedem ofert, z których pięć znacznie odbiegały od ceny zaoferowanej przez protestującego. Pomijając oferty odrzucone przez Zamawiającego ceny zaproponowane przez pozostałych pięciu wykonawców kształtowały się odpowiednio na poziomie:

- a) Konsorcjum: Lider: - EGIS Poland Sp. z o.o. w Warszawie - 8.247.376,90 zł
- b) Konsorcjum: Lider: - ARCADIS Sp. z o.o. w Warszawie - 8.296.000,00 zł
- c) Konsorcjum: Lider: - SUDOP PRAHA S.A. w Warszawie - 16.339.999,24 zł
- d) Konsorcjum: Lider: - INGENIERIA IDOM INTERNACIONAL S.A. w Madrycie - 8.834.386,00 zł
- e) Konsorcjum: Lider: - Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o. w W-wie - 12.035.300,00 zł

Z porównania ofert pozostałych wykonawców, kreujących rynek cen w przedmiocie odpowiadającym niniejszemu zamówieniu należało przyjąć, iż cena zaoferowana przez Protestującego jest rażąco niska.

Bezpodstawne i spóźnione jest negowanie czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowym (zawyżonym) ustaleniu wartości zamówienia w przypadku, gdy wartość zamówienia oraz kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (brutto) jest Protestującemu znana już od dnia składania ofert to jest od dnia 22.07.2009 r. Co więcej Protestujący nie twierdzi wprost oraz w żaden sposób nie wykazał, że wartość szacunkowa zamówienia została przez zamawiającego ustalona z nienależytą starannością, a jedynie wskazuje na taką możliwość.

Bezpodstawne jest utożsamianie przez Protestującego zasady racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych z wybieraniem ofert z rażąco niską ceną. Pzp chroni konkurencję między wykonawcami w taki sposób, aby wykonawcy którzy składając ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia nie uzyskiwali zamówienia, aby następnie drogą aneksowania umów, uzyskiwania rzekomych zamówień dodatkowych lub uzupełniających wypaczać wynik postępowania poprzez realizację

zamówienia za kwotę znacznie większą niż tę którą zaproponowali inni wykonawcy, rzetelnie, racjonalnie i celowo wyceniając koszt usługi. Dla Zamawiającego kwestią fundamentalną jest, aby wykonawca którego oferta została wybrana zrealizował zamówienie na warunkach określonych w ofercie i żeby to zamówienie zostało należycie wykonane. Jednym z największych zagrożeń dla tej zasady jest wybór oferty z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia bowiem narusza to nie tylko przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp, ale interes publiczny polegający na racjonalnym wydatkowaniu środków zgodnie z treścią zaciągniętego zobowiązania.

Niezgodne z prawem są zarzuty Protestującego, że Zamawiający zaniechał czynności wezwania go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczył z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, który nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub złożone dokumenty zawierają błędy. Zamawiający ocenił spełnienie przez ww. Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych dokumentów i stwierdził, że:

a) brak jest wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp - dotyczącej członka Zarządu Lidera Konsorcjum, Pani Lidii W.,
b) brak jest aktualnej polisy ubezpieczenia, polisa wystawiona przez ERGO HESTIĘ (str. 35 oferty) dla Partnera Konsorcjum: ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie jest nieważna ponieważ obejmuje okres ubezpieczenia do 25.06.2009 r. Zgodnie z zapisem pkt. 11.1.4.2 SIWZ Zamawiający wymagał „aktualnej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na minimalną sumę ubezpieczenia 2.000 000,- PLN.” Na dzień składania ofert tj. 22.07.2009 r. ww. polisa nie potwierdza spełnienia warunku udziału określonego w pkt. 10.1.3.2. SIWZ.
c) w złożonych dokumentach do oferty przez Lidera Konsorcjum tj.: BIURO PROJEKTÓW BUDOWNICTWA KOMUNALNEGO W BYDGOSZCZY Spółka z o.o. jest rozbieżność dotycząca nazwy firmy; Treść dokumentu aktualnego odpisu z właściwego rejestru - dotyczy BIURA PROJEKTÓW BUDOWNICTWA KOMUNALNEGO W BYDGOSZCZY Sp. z o.o.. Natomiast z treści dokumentów złożonych na potwierdzenie warunków udziału (str. 18, 20, 103-104, 105-106 i 107 oferty) wynika, że nazwa Lidera Konsorcjum jest inna: BIURA PROJEKTÓW BUDOWNICTWA KOMUNALNEGO-WODOCIĄGI I KANALIZACJA-ZARZĄDZANIE, KONSULTING Sp. z o.o. w Bydgoszczy.

W związku z tym, że obowiązkiem wykonawców jest potwierdzić spełnianie warunków

udziału w postępowaniu za pomocą aktualnych dokumentów nie później niż na dzień składania ofert dlatego też obowiązkiem prawnym Protestującego było złożenie kompletu prawdziwych i aktualnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem Protestujący nie złożył informacji z KRK zawierającej potwierdzenie, że w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp członek Zarządu Lidera Konsorcjum, Pani Lidia W. nie była karana za którykolwiek typ przestępstw wskazany w w/w przepisie. Protestujący nie potwierdził także warunku udziału

w postępowaniu polegającego na znajdowaniu się w sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia polegającej na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na minimalną sumę ubezpieczenia 2.000.000 PLN. Załączona do oferty kartka potwierdzała, że do dnia 25.06.2009 r. jeden z członków Konsorcjum był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, jednakże dokument ten nie posiada kluczowej dla spełniania warunku cechy to znaczy nie potwierdza, „że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej” lecz tylko stwierdza, że „że wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej”. Zaistnienie wyżej wymienionych okoliczności stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wyjątek od zasady wykluczenia wykonawców którzy nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określony w art. 26 ust. 3 Pzp, nie ma w niniejszej sprawie zastosowania bowiem dotyczy tylko wykonawców których oferty nie podlegają odrzuceniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Złożenie przez Protestującego oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia uchyla obowiązek zamawiającego wzywania wykonawcy do złożenia błędnych, wadliwych lub brakujących dokumentów o których mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Dlatego też żądanie Protestującego w tym zakresie nie może być wykonane. Odnosi się to także do treści art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie wyjaśnień treści złożonych oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Bezpośrednią konsekwencją wykluczenia Protestującego było

odrzućenie oferty w/w na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do stwierdzenia, że w innych postępowaniach na wykonanie dokumentacji projektowej oferty były porównywalne z ceną oferty Protestującego to Zamawiający zwraca uwagę, że przywołane postępowania mają inny zakres i nie można odnosić z jednego postępowania do cen ofert z innego postępowania gdzie przedmioty zamówień różnią się między sobą. Jednocześnie szukając w innych postępowaniach na wykonanie dokumentacji projektowej uzasadnienia dla zaniżonej ceny oferty Protestującego zamawiający wskazuje, podobną inwestycję, której przedmiotem było zaprojektowanie trasy tramwajowej wzdłuż ulic Projektowanej i Światowida (od Trasy Mostu Północnego do pętli Winnica włącznie) w Warszawie. Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie w dniu 28 maja 2008r. wybrał ofertę a następnie podpisał umowę z krakowską firmą MP-Mosty Sp. z o. o. z ceną 7,196 mln zł (z VAT). Dodać należy, iż projektowana trasa miała długość 5,2km czyli prawie dwukrotnie mniej niż trasa będąca przedmiotem niniejszego przetargu, a okres prac projektowych został wyznaczony na 19 miesięcy (w niniejszym zamówieniu 24 miesiące). Stwierdził, iż oferta wybrana przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu z ceną 8. 247.376,90 zł odpowiada realiom rynkowym w zakresie świadczenia usług projektowych o podobnym przedmiocie zamówienia. Oferta Protestującego jest w stosunku do cen kształtowanych na rynku nierealna i niewiarygodna.

W dniu 02.10.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania z protestu.

1. naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez nieobiektywną i stronniczą ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w sprawie rażąco niskiej ceny, co jednocześnie naruszyło art. 7 ust. 1 i 2 Pzp wyrażająca zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tudzież bezstronności i obiektywizmu,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez powoływanie się przy cenie ofert na regulację stanowiącą podstawę i jedna z metod ustalania cen na prace projektowe (ŚZWPP), podczas

gdy obowiązek stosowania ww. metod i regulacji nie został wprowadzony do SMZ,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji gdy cena zawarta w ofercie nie stanowi ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji odrzucenie jego oferty,

5. naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechanie wezwania Protestującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w zakresie nazwy firmy Lidera Protestującego.
6. naruszenie art. 91 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryterium - cena.

Chybione jest wnioskowanie i twierdzenie Zamawiającego, iż cena oferty złożonej przez Odwołującego jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). Odwołujący podał w ofercie cenę wyliczoną rzetelnie i wiarygodną. Pzp ani Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nie definiują pojęcia: „*rażąco niska cena*”, ani też nie wskazują, jakie kryteria obiektywne decydują o kwalifikacji pod to pojęcie. Powyższe stwarza sytuację gdy ocena ofert w zakresie jej kwalifikowaniu jako ceny „*rażąco niskiej*” jest oparta na dowolności Zamawiającego. „*Rażąco niska cena*” jest pojęciem subiektywnym i relatywnym. Aby stwierdzić, że cena jest rażąco niska trzeba porównać ją z inną wartością. W orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego rzeczywista wartość (SO w Poznaniu 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05, wyr. ZA z 25.01.2005 r. UZP/ZO/0-69/05).

Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać taką ofertę, której cena pozostaje w rażącej dysproporcji do indywidualnie oferowanego świadczenia. Można mówić o „*rażąco niskiej cenie*” wtedy, gdy cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest ani wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ma na celu uchronić Zamawiającego przed ceną spekulacyjną, która dla danego wykonawcy niesie ryzyko nie wywiązania się z kontraktu, zaś dla Zamawiającego, niebezpieczeństwo uwikłania się w złe rokujące przedsięwzięcie (str. 452 Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, wyd. C.H. Beck).

Odwołujący stwierdził, iż odrzucenie złożonej przez niego oferty dokonane zostało z rażącym naruszeniem art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, bowiem Zamawiający nie ocenił obiektywnie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, czego jawnym dowodem jest brak przedstawienia choćby jednego konkretnego zarzutu wobec argumentów zawartych w piśmie z dnia 30.07.2009 r. i załączonej kalkulacji ceny. Zamawiający nie wyjaśnił konkretnie dlaczego nie uznaje za wiarygodne poszczególne pozycje z kosztów wykonania usługi przedstawionego przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił całkowitą bezprzedmiotowość żmudnych analiz matematycznych prowadzonych przez Zamawiającego na potrzeby wykazania zasadności postawionej *a priori* tezy o kwalifikacji ceny oferty Odwołującego jako ceny rażąco niskiej, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Opisane w rozstrzygnięciu protestu analizy matematyczne

Zamawiającego polegające na obliczeniu wyrażonej w procentach różnicy pomiędzy ceną oferty Odwołującego w stosunku do wartości zamówienia ustalonego przez Zamawiającego oraz w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert są, z punktu widzenia dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, bezcelowe. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 11.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 273/08), gdzie stwierdzone zostało, iż: „*samo porównanie cen, ustalonej przez zamawiającego oraz oferty wykonawcy, której cena znacznie odbiega od tej ustalonej przez zamawiającego nie uprawnia do odrzucenia oferty. (...) Zamówienie na wykonanie dokumentacji projektowej charakteryzuje się określoną specyfiką, dlatego oparcie się wyłącznie na odniesieniu cen ofertowych do wartości szacunkowej powiększonej o VAT, stanowi zbytnie uproszczenie. Duży bowiem rozrzut cenowy wśród złożonych ofert może rodzić podejrzenie niedostatecznie dokładnego oszacowania wartości zamówienia względem przedmiotu zamówienia. (...) Wspomniana wyżej specyfika przedmiotu zamówienia sprawi także, iż*

należy odnieść zaoferowane ceny także do rzeczywistych cen rynkowych."

Jedynym właściwym punktem odniesienia dla oceny czy cena jest ceną rażąco niską jest przedmiot zamówienia, gdyż tak stanowi literalnie przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający odnosząc się do wskazanego, ustawowego związku pomiędzy ceną i przedmiotem zamówienia, podniósł niżej wskazane zarzuty, które w całości neguje Odwołujący.

Zarzuty Zamawiającego:

Odwołujący się wskazał wynagrodzenie miesięczne zespołu brutto i przemnożył to przez założony czas zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia, co zdaniem Zamawiającego nie jest dopuszczalne dla tego typu umowy jaka zawrą Zamawiający i Wykonawca.

Cena nie zawiera elementów składających się na przedmiot świadczenia: -

usług projektantów w specjalności kolejowej bez Odwołujący nie uwzględnił

kosztów

ograniczeń, wynagrodzenia projektantów i projektantów sprawdzających w specjalności konstrukcyjno-budowlane bez ograniczeń, w specjalności telekomunikacyjnej bez

się ograniczeń, cena nie zawiera elementów składających na

przedmiot świadczenia, -

cena nie uwzględnia uwarunkowań faktycznych związanych z opracowywaniem projektu budowlanego i innych opracowań projektowych wraz ze złożeniem wniosków o decyzję o uzyskanie zgody na realizację inwestycji drogowej w Urzędzie Miasta Bydgoszczy w odniesieniu do dróg gminnych i powiatowych oraz w Kujawsko - Pomorskim Urzędzie Wojewódzkim - w odniesieniu do dróg krajowych i wojewódzkich,

Stanowisko Odwołującego:

Zarzut kompletnie chybiony i nie znajdujący ani logicznego wytłumaczenia, ani co więcej oparcia w przepisach prawa. Odwołujący wskazuje, iż sposób wyliczenia przez niego

ceny z uwzględnieniem wynagrodzenia miesięcznego brutto całego zespołu pracującego nad danym zagadnieniem w maksymalnie przyjętym okresie czasu - stanowi wyliczenie dokonane znacznie „na wyrost”, wynagrodzenie maksymalne, bowiem oparte jest na założeniu (korzystnym dla Zamawiającego), iż cały zespół będzie pracował wyłącznie nad przedmiotowym zamówieniem przez cały okres realizacji umowy. Nie jest wiadome Odwołującemu w oparciu o jakie przepisy, dowody czy opinie Zamawiający wiąże szczegółową kalkulację przedstawioną przez Odwołującego z rodzajem umowy, jaką ma zawrzeć Zamawiający z wybranym Wykonawcą, tj. umową rezultatu, gdzie istotny jest ów rezultat, a nie ciągle działanie powiązane z rezultatem wykonanej usługi. Abstrahując od genezy powyższego związku, który odnalazł Zamawiający, to stwierdzić należy, iż w istocie przywołana argumentacja działa na korzyść Odwołującego, który dla osiągnięcia rezultatu (dzieła) zapewnia, gwarantuje i przeznacza maksimum zespołu przez maksimum czasu, mimo iż de facto rezultat można osiągnąć mniejszym składem osobowym i w mniejszym wymiarze czasu. Za całkowicie niezrozumiałe uznać należy wywody Zamawiającego odnośnie tego jaki typ umowy wymaga jakiego sposobu obliczania wynagrodzenia zespołu projektantów. W istocie powyższe stanowi samodzielną decyzję Wykonawcy, co pozostaje bez związku z „rozkładem ryzyka”, czy też „typem umowy”.

Zarzut chybiony, dowodzący jawnego naruszenia przepisu art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp. Odwołujący uwzględnił w kalkulacji ceny wszystkie elementy zawarte w opisie przedmiotu zamówienia i zarówno poprzez treść oferty jak i wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie dał Zamawiającemu jakichkolwiek podstaw do przypuszczenia, że jest inaczej. Wskazać należy, iż Zamawiający w swym piśmie z dnia 28.07.2009 r. wezwał Odwołującego o „udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Odwołujący literalnie odniósł się do żądania Zamawiającego i wskazał te elementy ceny, definiując je w taki sposób aby zadośćuczynić żądaniu Zamawiającego. Wytknięte przez Zamawiającego rzekome „braki” w wycenie (brak uwzględnienia kosztów usług niektórych projektantów, nie uwzględnienie istotnych elementów przedmiotu zamówienia) nie istnieją, bowiem zostały uwzględnione w pkt 9 załącznika do pisma Odwołującego z dnia 30.07.2009 r. Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego ani o szczegółowe przedstawienie kalkulacji ceny, ani nie wskazał jakich elementów z opisu przedmiotu zamówienia chce uzyskać wycenę. Tym samym Odwołujący miał jedynie obowiązek wskazania tych elementów, które zażądał Zamawiający, co zostało wykonane. Rzekome „braki” stanowią wyłącznie bezpodstawne domniemanie Zamawiającego, oparte

na subiektywnej i stroniczej ocenie złożonych w trybie art. 90 Pzp wyjaśnień, oderwanych od literalnego brzmienia pisma Zamawiającego z dnia 28.07.2009 r. określającego przedmiot żądania.

Nie można zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż bezpodstawne i nie miarodajne są stwierdzenia Odwołującego w przedmiocie podania obiektywnych czynników takich jak: dobrze zorganizowana siatka współpracowników, odpowiednie zaplecze techniczno - organizacyjno-logistyczne, wykwalifikowana kadra, wdrożony system zarządzania zasobami ludzkimi, lokalny charakter. Zamawiający zarzucił, iż Odwołujący jedynie wymienił ww. czynniki, a nie wskazał w jaki sposób wpływają na ustaloną przez niego cenę, nadto Odwołujący nie wskazał dowodów, które by potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wymienione przez Odwołującego czynniki mają charakter obiektywny tj. są rzeczowe, istniejące niezależnie od czyjejkolwiek świadomości, a nadto poparte są licznymi dowodami.

Obiektywne czynniki:

- a) dobrze zorganizowana siatka współpracowników (dowody: str. 39 -68 , 69-89 oferty, str. 91-100 oferty);
- b) odpowiednie zaplecze techniczno organizacyjno-logistyczne (str. 101-107 oferty);
- c) wykwalifikowana kadra (str. 39 -68 , 69-89 oferty)
- d) lokalny charakter (str. 7- 14 oferty).

Podkreślił, iż w piśmie z dnia 28.07.2009 r. wzywającym do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający nie zażądał przedstawienia dowodów, lecz wyłącznie wyjaśnień, choć miał uprawnienie nawet do wskazania rodzaju dowodu. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie nie może działać na niekorzyść Odwołującego. Tym niemniej w ofercie Odwołującego zawarty jest cały szereg dowodów na potwierdzenie ww. obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny, natomiast do obowiązku Zamawiającego, określonego w przepisie art. 90 ust. 2 Pzp, należy wnikliwa i obiektywna ich ocena. Powyższej przytoczone argumenty Odwołującego mają pełne zastosowanie także wobec zarzutu Zamawiającego odośnie nie wskazania w wyjaśnieniach:

- a) iż wykona dokumentację projektową oszczędną metodą i braku podstaw do twierdzenia, iż jest ona w tym przypadku możliwa do zastosowania,
- b) dowodu, iż w jego przypadku zachodzą podstawy do zaistnienia innych zdarzeń pozwalających na dokonanie tak niskiej wyceny usług projektowych.

Przepis art. 90 ust. 2 Pzp wskazuje na przykładowe obiektywne czynniki, które bierze pod uwagę Zamawiający oceniając wyjaśnienia. Kompletnie niezrozumiałe i nielogiczne jest natomiast czynienie zarzutu braku zawarcia jakiegoś czynnika w wyjaśnieniach (tym bardziej dowodu na jego wykazanie) w sytuacji gdy Zamawiający nie sprecyzował w swym żądaniu jego podania. Kuriozalne jest czynienie Odwołującemu zarzutu z zaniechania jakiego dopuścił się Zamawiający. Skoro Zamawiający chciał oceniać taki czynnik to winien wezwać o jego przedstawienie w wyjaśnieniach. Odmienne stanowisko w tej mierze stanowiłoby o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, którzy składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp byłiby zawsze

narażeni na zarzut Zamawiającego, że jakiegoś obiektywnego czynnika nie wskazali.

Całkowicie arbitralny i subiektywny jest zarzut Zamawiającego, iż Odwołujący określił koszty na rażąco niskim poziomie, co dotyczy w szczególności wynagrodzeń wykwalifikowanych projektantów, które wymagane są na wysokim poziomie. Zamawiający uzasadniając powyższe powołał się na Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych i przyjętą w 2009 r. wysokość stawki za umowną jednostkę nakładu pracy na poziomie 17,20 zł, co wg Zamawiającego potwierdza, iż cena Odwołującego opiera się na kosztach prac projektowych obliczonych na rażąco niskim poziomie. Zarzut ów jest chybiony z wielu istotnych powodów, niżej przedstawionych:

- a) Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych (ŚZWPP) przygotowywane są przez Izbę Projektowania Budowlanego jako materiały informacyjne i pomocnicze do określania zarówno wartości szacunkowych usług projektowych jak i cen prac projektowych oraz inżynierskich (tzw. poradnik) i co wymaga podkreślenia, nie stanowią one aktu prawa powszechnie obowiązującego.

Dowód:

Załącznik 1. pismo przewodnie Ksawerego Krassowskiego z dnia 30.01.2009 r. (Izba Projektowania Budowlanego), stanowiące wstęp do publikacji ŚZWPP z 2009 r.,

Załącznik 2. pismo Sekretarza Stanu w Ministerstwie Infrastruktury Andrzeja Piłata z dnia 27.01.2003r. - stanowiące wstęp do publikacji ŚZWPP z 2009 r.

Jeżeli Zamawiający miał wolę aby ŚZWPP stały się podstawą i metodą dla ustalenia ceny przez Wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu, to oczywiście mógł to uczynić, wprowadzając odpowiedni zapis w SIWZ. Zamawiający mógł w szczególności zażądać aby do oferty Wykonawcy dołączyli wyceny prac projektowych wraz z podaniem wg jakiego wydania ŚZWPP wykonano wycenę. Określona wg ŚZWPP cena pracy projektowej może stanowić podstawę do ustalenia ceny, która zostanie podana w ofercie (ŚZWPP - 2009, rozdz. 1, str. 19). Analiza treści SIWZ w tym zakresie prowadzi do bezspornego ustalenia, iż Zamawiający takiego wymogu /warunku/ zastrzeżenia nie wprowadził, wobec tego powoływanie się przez Zamawiającego na etapie rozstrzygania protestu na wybór oferty na ww. regulację jest całkowicie bezzasadne i jawnie, w sposób rzucający narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, statuującą zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy na odpowiednim etapie postępowania nie zostali poinformowani o tak istotnej regule, kształtującej sposób ustalenia ceny.

Odwolujący potwierdza, iż część Zamawiających wprowadza do SIWZ zapis obligujący Wykonawców do ustalania ceny oferty w oparciu o ŚZWPP i w takiej sytuacji poszanowane zostają jedne z podstawowych zasad udzielania zamówień wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem Wykonawcy zostają poinformowani o takim obowiązku i konsekwentnie mogą być weryfikowani pod kątem jego spełnienia. Podkreślił, iż w żadnej z ofert złożonych

w postępowaniu nie jest zawarta informacja, iż cena oferty obliczona została na podstawie ŚZWPP. Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, w tym w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz ofertach odrzuconych nie powołał się na argument o konieczności stosowania przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia ŚZWPP, co uniemożliwiło Odwołującemu na etapie wnoszenia protestu podniesienie koniecznego zarzutu w tym zakresie, mianowicie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez powoływanie się przy cenie ofert na regulację stanowiącą podstawę i jedną z metod ustalania cen na prace projektowe (ŚZWPP), podczas gdy obowiązek stosowania ww. metod i regulacji nie został wprowadzony do SIWZ. Ponieważ w proteście zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp został podniesiony, Odwołujący go podtrzymuje, uzupełniając jedynie Odwołanie o wskazanie nowych okoliczności faktycznych, na które wcześniej nie mógł się powołać, z przyczyn wyżej przytoczonych. Nadto powyższe działanie Zamawiającego stanowi też rażące naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp, poprzez jawne preferowanie Wykonawców, którzy złożyli oferty z ceną zbliżoną do wartości szacunkowej zamówienia oraz zasadą bezstronności i obiektywizmu, w tym w szczególności w ocenie wyjaśnień złożonych przez Protestującego w trybie art. 90 Pzp.

b) Odwołujący wskazuje na znaczenie podstawowych, konstytutywnych elementów metod wycen zawartych w ŚZWPP, podając ich znaczenie dla ustalenia realnej ceny za wykonanie prac projektowych.

Jako przykład kształtowania cen przez ŚZWPP podać można np. różnicowanie kosztów sprawowania nadzoru autorskiego w zależności od odległości od miejsca sprawowania nadzoru do miejsca, z którego projektant musi dojechać. Innymi słowy jeżeli projektant jest zamiejscowy (ponad 200 km), to ŚZWPP przewidują 64 j.n.p., a wobec projektanta miejscowego tylko 16 j.n.p. ŚZWPP także przyjęły odmienne stawki za prowadzenie nadzoru miejscowego w wymiarze czasu trwania 4 godzin, a za nadzór zamiejscowy pod 200 km zostało przewidziane 2 dni.

Dowód: Załącznik 3. str. 96-97 z ŚZWPP z 2009

Powyższe unaocznia jedną z istotnych podstaw różnicy w cenach zawartych w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu, wynikającą z czynnika lokalnego Odwołującego, który z naturalnej przyczyny dysponowania zapleczem organizacyjno-logistyczno-kadrowym na miejscu realizacji zamówienia (w Bydgoszczy) może bez straty dla własnej działalności zaproponować niższe stawki tworzące cenę ofertową, tudzież może przyjąć mniejszy wymiar czasu koniecznego dla realizacji zadania, z tego powodu, iż nie obciąża Zamawiającego kosztami przejazdów, diet, noclegów ani też wyższymi stawkami wynikającymi z ŚZWPP. Opisany wątek związany z argumentem Zamawiającego dotyczącym ŚZWPP w sposób bezpośredni koreluje z jego zarzutem dotyczącym rzekomo „bezpodstawnego i niemiarodajnego” argumentu Odwołującego o znaczeniu lokalnego

charakteru Wykonawcy (Odwołującego). Otóż, koronny argument Zamawiającego dotyczący obowiązku stosowania ŚZWPP, uderza w samego Zamawiającego, konkretnie w sposób policzalny wskazując, jak bardzo musi różnić się cena zaoferowana przez lokalnego Wykonawcę tj. Odwołującego, a jak przez wybranego Wykonawcę. Otóż wybrany Wykonawca dla prawidłowego i starannego zrealizowania zamówienia publicznego musi wliczyć do ceny wyższe co do ilości i co do wartości j.n.p. oraz stawki, bowiem zamierza realizować usługę zamiejscowo (ponad 200 km) zapleczem kadrowym stosującym stawki metropolitalne, a nie lokalne.

c) Odwołujący wskazuje, iż określona wg ŚZWPP cena pracy projektowej nie może stanowić podstawę do ustalenia ceny, która zostanie podana w ofercie (ŚZWPP -2009 , rozdz. 1, str. 19). Powyższe oznacza, iż nawet gdy cena ustalona zostaje z zastosowaniem metod zawartych w ŚZWPP, to nie musi być ona tożsama z ceną oferty. ŚZWPP nie uwzględnia bowiem czynników związanych z samym Wykonawcą, tj. jakie ma koszty stałe utrzymania swojej działalności projektowej, jakie są koszty zmienne, jaka jest tendencja ich zmian oraz dynamika tych zmian, czy i jakie metody motywacji pracowników i usługodawców są stosowane, jakie zasady organizacji pracy i wykorzystania potencjału lokalowego, kadrowego, logistycznego. Powyżej wymienione elementy stanowią indywidualny element, w istocie decydujący o możliwej do przedstawienia Zamawiającemu ceny, w ramach prawem dozwolonej konkurencji na rynku. Podkreślenia wymaga, iż gdyby idąc tokiem argumentacji i rozumowania Zamawiającego, trzymać ściśle ŚZWPP to ceny podane przez Wykonawców byłyby jeśli nie identyczne to niemal identyczne, co stanowiłoby zaprzeczenie podstawowego celu organizowania postępowań w trybie zamówień publicznych, tj. zadziałania naturalnej konkurencji na rynku dla osiągnięcia jak najkorzystniejszej (najniższej) ceny, względnie bilansu ceny i innych ewentualnie innych kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 1 w zw. z ust. 4 Pzp).

d) Wywołany przez Zamawiającego wątek stosowania ŚZWPP nabrał innego wymiaru, po ustaleniu przez Odwołującego dwóch istotnych faktów, udokumentowanych w aktach przedmiotowego postępowania prowadzonych przez Zamawiającego.

d-1) Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w wysokości 10.000.000 zł netto na podstawie „zakresów robót ujętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podstawą wyceny są Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych -2006" wydane przez Izbę Projektowania Budowlanego - Rada Koordynacyjna Biur Projektów w Warszawie - przy zastosowaniu aktualnej stawki 17,20 za jednostkę nakładu pracy"

Dowód: Zał. 4. Wniosek Komisji Przetargowej z dnia 5.06.2009 r. wraz załącznikiem nr 1 (oryginał w aktach Zamawiającego)

Fakt zastosowania przez Zamawiającego metod wyceny zawartych w ŚZWPP, bez stosownego zapisu w SIWZ obligującego Wykonawców do stosowania tychże metod, nie

powoduje konsekwencji prawnych w postaci możliwości sformułowania zarzutu ustalenia wysokości ceny ofertowej na podstawie błędnie przyjętej metody. Brak ww. zapisu w SIWZ umożliwiło Wykonawcom dla kalkulacji ceny, zastosowania dowolnie przez nich wybranej metody. Odnosząc się do podstawy ustalenia wartości szacunkowej przez Zamawiającego, podkreślić należy, iż Zamawiający oparł się na ŚZWPP z 2006, podczas gdy w dacie ustalania wartości szacunkowej (25.05.2009 r.) obowiązującymi były ŚZWPP z 2009 r., które zasadniczo różnią się, od ŚZWPP z 2006 r. w zakresach:

- zmiany stanu prawnego w dziedzinach związanych z projektowaniem,
- wprowadzonych uzupełnień z biuletynu „Informator" z lat 2006-2008, wprowadzonych zmian wynikających z opinii użytkowników ŚZWPP, dotyczących linii tramwajowych.

Dowód: Zał. 5. str. 12-14 ŚZWPP z 2009 r.

Analiza powyższego prowadzi do wniosku, iż Zamawiający ustalił wartość szacunkową na podstawie nieaktualnych ŚZWPP. Z powyższego oczywiście Odwołujący nie czyni zarzutu ze względów formalnych, jednak wskazuje na powyższy fakt w celu udowodnienia, iż Zamawiający niestarannie oszacował wartość przedmiotowego zamówienia, co ma istotne znaczenia dla obalenia argumentu Zamawiającego w zakresie w jakim arytmetycznie odnosi cenę oferty do wartości szacunkowej zamówienia (argument: cena oferty złożonej przez Odwołującego jest o 66% niższa niż wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego). Skoro wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia ustalona została w oparciu o nieaktualne metody zawarte w ŚZWPP, to dokonywanie porównania tej wartości z ceną oferty na potrzeby wykazania, iż owa cena jest rażąco niska, jest całkowicie chybione i pozbawione jakiejkolwiek doniosłości faktycznej i prawnej.

d-2) Zamawiający w toku badania i oceny złożonych ofert ustalił dokument pn. „Załącznik do analizy złożonych ofert - Minimalna wycena prac projektowych dla przedsięwzięcia: *"budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońska, Lewińskiego, Akademicka i Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód"* (powinno być: dla przedsięwzięcia: *„Opracowanie dokumentacji projektowej na budowę linii tramwajowej (...)"*) Dowód: Zał. 6 - Załącznik do analizy złożonych ofert (oryginał w aktach Zamawiającego)

W przywołanym dokumencie Zamawiający wskazał, iż obliczając minimalną cenę ofertową opiera się na ŚZWPP z 2006 r. , stosując jako minimalną cenę stawkę 8,60 zł za 1 jednostkę nakładu pracy (tj. połowę stawki wymaganej przez autorów cennika), a dla rodzaju prac i czynności nie objętych cennikiem zastosowano minimalne ceny rynkowe dla standardów wymaganych w warunkach przetargowych. Ustalona przez Zamawiającego w oparciu o powyższe tzw. cena minimalna prac projektowych dla ww. przedsięwzięcia to 6.000.000,00 zł (cena brutto). Powyższy dokument, aczkolwiek obarczony ryzykiem błędu i subiektywizmu Zamawiającego w zakresach: zastosowania nieaktualnego ŚZWPP Z 2006

r., arbitralnego przyjęcia stawki 8,60 zł dla wszystkich czynności i prac, arbitralnego przyjęcia nieznanych bliżej „*minimalnych cen rynkowych*" dla prac i czynności nie objętych cennikiem, arbitralnego przyjęcia procentowych wartości m.in. kosztów wskaźnikowych, kosztorysów itp., wyznacza w sposób jasny poziom cen, który może stanowić punkt odniesienia dla oceny ofert pod kątem ustalenia czy ceny te nie stanowią cen rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia. Szczegółowa analiza porównawcza dokumentu ustalającego wartość szacunkową zamówienia (zał. 4) oraz dokumentu ustalającego minimalną cenę (zał. 6) wskazuje na rażące dysproporcje pomiędzy wartościami (cenami) w nich zawartymi, jako przykład wskazać można:

Opis czynności/zadania; 1) dokument ustalający wartość szacunkową zamówienia (zał. 4); 2) dokument ustalający minimalną cenę (zał. 6):

- a) Prace geodezyjne (150.000,00 zł netto; 104.000,00 zł netto).
- b) Prace geologiczne (140.000,00 zł netto; 97.000,00 zł netto)
- c) Sygnalizacje świetlne - część elektroinstalacyjna wraz z zasilaniem (190.000 zł netto; 80.000,00 zł netto)
- d) Odwodnienie torowiska (80.000,00 zł netto; 39.000,00 zł netto)
- e) Estakada nad torami (1.100.000,00 zł netto; 575.000,00 zł netto).

Powyższe dowodzi, iż Zamawiający niestaranie oszacował wartość zamówienia, co pozostaje bez prawnego znaczenia dla ważności tego postępowania, ale ma fundamentalne i decydujące znaczenie dla badania cen ofert pod kątem dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Powyższe w całości i ostatecznie obala argumentację Zamawiającego zasadzającą się na wartości szacunkowej zamówienia jako punktu odniesienia dla porównania cen zawartych w ofertach. Nadto powyższe pozwoliło Zamawiającemu na obniżenie poziomu cen za jakie można zrealizować przedmiotowe zamówienie o 50 % w stosunku do wartości oszacowanej, tj. urealnienie do średniego poziomu około 6 mln zł brutto, co w warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia przez lokalne biuro pozwala na osiągnięcie konkurencyjnej ceny na poziomie 4 mln zł, zadawalającej w pełni samego Wykonawcę, w tym przypadku Odwołującego. Dowodem na powyższe jest przedstawienie oferty kolejnej, pod względem wysokości ceny, tj. ponad 4 mln złotych przez Wykonawcę, którego Partnerem Konsorcjum był Partner lokalny, tj. z Bydgoszczy.

Reasumując powyższe - mając na względzie: a) nieaktualność podstaw dla obliczenia ww. ceny, b) arbitralność przyjęcia przez Zamawiającego pozostałych elementów cenotwórczych, c) nieuwzględnienie obiektywnych czynników sprzyjających możliwości zaproponowania ceny niższej jak: lokalizacja Wykonawcy w miejscu realizacji zamówienia, znajomość z innych postępowań oraz z doświadczenia zawodowego lokalnych uwarunkowań organizacyjno -infrastrukturalnych, d) nieuwzględnienie niżkowych tendencji na rynku usług projektowych związanych z tzw. kryzysem gospodarczym (co stanowi istotny

element wpływający wprost na kształtowanie cen na niższym poziomie). Uznać należy, iż realnym, możliwym i co więcej przynoszącym korzyść Wykonawcy (Odwołującemu) jest podanie ceny ofertowej w wysokości 4.149.999,58 zł.

Odwołujący nie zgadza się z stwierdzeniem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu przedmiotowego protestu, jakoby bez znaczenia faktycznego i prawnego

było powoływanie się przez Odwołującego na fakt 50 - letniego istnienia na rynku i realizacji w podobnych relatywnie ocenach zamówień. Nadto zanegowanie przez Zamawiającego prawdziwości ww. faktu z powodu występowania Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu w formie Konsorcjum, Odwołujący ocenia jako całkowicie bezzasadne i gołosłowne, dowodzące kolejny raz, iż Zamawiający w sposób jawny narusza zasadę udzielania zamówień publicznych tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz obiektywizmu (art. 7 ust. 1 i 2 Pzp). Odwołujący potwierdza swoje doświadczenie w realizacji usług projektowych w okresie 50 lat, co wyraża się jednoznacznie poprzez wskazanie w ofercie na osoby takich doświadczonych specjalistów jak: Janusz D. (43 letnie doświadczenie), Kazimierz K. (26 letnie doświadczenie), Leszek F. (28 letnie doświadczenie) etc. Dowód: Zał. 7 załącznik nr 5 do oferty Odwołującego. Zamawiający wadliwie odczytał argument Odwołującego zawarty w proteście, a dotyczący wieloletniego doświadczenia w zakresie realizacji usług projektowych. Argument powyższy ma na celu wskazanie, iż Odwołujący jest biurem projektowym, które na przestrzeni tych lat wykonało szereg projektów i uzyskane w ten sposób doświadczenie poszczególnych projektantów i specjalistów branżowych, przekłada się wprost na doświadczenie Odwołującego, który składając ofertę ma pełne i profesjonalne rozeznanie co do skali zamówienia oraz potrzebnych do jego realizacji osób, nakładów etc. oraz potrafi ustalić cenę - realną, konkurencyjną ale i zapewniającą staranne i należyte zrealizowanie zamówienia publicznego. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, fakt iż przez okres 50 lat Protestujący realizował usługi projektowe, stanowi jeden z niezbitych dowodów, że składając ofertę nie złożył oferty z rażąco niską ceną. Gdyby Wykonawca nie miał tego doświadczenia, które posiada Odwołujący, faktycznie z braku doświadczenia mógłby złożyć świadomie lub nieświadomie ofertę z rażąco niską ceną, bowiem nie zdawałby sobie sprawy co do zakresu i skali zamówienia. Okoliczność taka nie zachodzi w przypadku Odwołującego.

Zamawiający zanegował znaczenie przedziału od 206.00 euro do 10.000.000 euro, a nadto wskazał, iż aktualne rozstrzygnięcia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego same stanowią wystarczający wskaźnik aktualnych tendencji rynku tego rodzaju usług, jako przykład Zamawiający powołał oferty złożone przez następujących wykonawców : EGIS Poland sp. z o.o. w Warszawie, ARCADIS sp. z o.o. w Warszawie, SUDOP PRAHA S.A. w Warszawie, INGENIERIA IDOM INTERNACIONAL S.A. w Madrycie, Schuessler - Plan Inżynierzy sp. z o.o. w Warszawie. Z twierdzeniami Zamawiającego nie można się

zgodzić z przyczyn następujących. Odwołujący powołał się w proteście na bezspornie podany przez Zamawiającego przedział kwotowy, wynikający z przepisu art. 11 ust. 8 w zw. z art. 40 ust. 3 i 4 Pzp. Fakt jest bezsporny i nie prowadzi do wniosków do jakich doszedł Zamawiający odnośnie relacji pomiędzy tymi wartościami a wartością szacunkową zamówienia. Nadto Odwołujący zaprzecza aby cokolwiek ignorował co dotyczy Pzp. Jak wskazane zostało powyższy fakt przedziału kwotowego dla przedmiotowego zamówienia jest bezdyskusyjny, wobec czego uprawnione jest twierdzenie o konieczności liczenia się przez Zamawiającego z możliwością złożenia ofert w tym przedziale, co potwierdzone zostało przez samych Wykonawców, którzy złożyli oferty z cenami w szerokiej rozpiętości od ceny zaoferowanej przez protestującego nr 7 - 4.149.999,58 zł. do kwoty oferenta nr 5 - 16.339.999,24 zł. Odwołujący niezbitcie udowodnił w piśmie z dnia 30.07.2009 r., że gwarantuje realizację niniejszego zamówienia na poziomie zgodnym z oczekiwaniami Zamawiającego, dowodem czego była tabela oszacowania zamówienia oraz oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu. W tym miejscu wskazać należy, iż Wykonawcy przywołani przez samego Zamawiającego (str. 7 rozstrzygnięcia protestu) nazwani zostali jako: „wykonawcy, kreujący rynek cen w przedmiocie odpowiadającemu niniejszemu zamówieniu”, co stanowi wyraz jawnego, niczym nie zakamuflowanego faworyzowania wymienionych Wykonawców, ze względu na wysokość cen przez nich podawanych w ofertach, co kolejny raz narusza zasadę obiektywizmu i równego traktowania wykonawców. Dodać należy, iż przywołani przez Zamawiającego „wykonawcy, kreujący rynek cen w przedmiocie odpowiadającemu niniejszemu zamówieniu” stanowią grupę Wykonawców z najwyższego pułapu cenowego.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż bezpodstawnie utożsamia zasadę racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych z wybieraniem ofert z rażąco niską ceną, gdzie następnie powstaje zagrożenie „aneksowania umów, uzyskiwania rzekomych zamówień dodatkowych lub uzupełniających”. Przywołana argumentacja Zamawiającego jest chybiona, bowiem :

- a) zarzut rażąco niskiej ceny jest niezasadny i nie może się ostać w świetle dowodów przywołanych w odwołaniu,
- b) zasada racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych wiąże się wprost z wyborem ofert najkorzystniejszych, zgodnie z art. 91 Pzp, tj. w niniejszym postępowaniu oferty z najniższą ceną, czyli oferty Odwołującego,
- c) całkowicie pozbawione podstaw i uzasadnienia jest sugestia Zamawiającego, jakoby Odwołujący stwarzał „zagrożenie aneksowania umów, uzyskiwania rzekomych zamówień dodatkowych lub uzupełniających”. Sugestia powyższa kolejny raz wskazuje na brak obiektywizmu i bezstronności Zamawiającego, który nie miał żadnych podstaw aby taką sugestię kreować. Przesłanki uprawniające do zmiany umowy (nie umów) zawarte są we

wzorze umowy przygotowanym przez Zamawiającego, możliwość uzyskania zamówień dodatkowych lub uzupełniających uregulowana jest w przepisie art. 67 ust. 1 pkt. 5 i 6 Pzp co wymaga inicjatywy i zgody Zamawiającego, a w żadnym wypadku nie jest efektem działań wymuszających Wykonawcy, jak to sugeruje Zamawiający.

Zdaniem Zamawiającego występuje podstawa prawna (art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp) do wykluczenia Odwołującego i przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie został naruszony. Pogląd powyższy jest niezasadny z tej przyczyny, iż Odwołujący objął protestem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, czyli zakwestionowana została czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Konsekwentnie w przypadku uwzględnienia powyższego zarzutu przez samego Zamawiającego (na etapie rozstrzygnięcia protestu) lub przez KIO (na etapie rozpatrywania odwołania), zasadnym i celowym jest podnoszenie i podtrzymywanie zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 jak i ust. 4 Pzp, gdyż obowiązek wezwania w tym trybie zostaje uchylony wyłącznie w przypadku ustatecznienia się czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Reasumując powyższe, skoro Odwołujący kwestionuje czynność odrzucenia jego oferty, to zasadnym, celowym i koniecznym jest podnoszenie i podtrzymywanie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Zamawiający poprzez zaniechanie w/w opisanych czynności, oprotestowanych przez protestującego naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem Protestujący nie podlega wykluczeniu jak to sugerują przepisy art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający zanegował znaczenie i wartość podanych przez Odwołującego przykładów innych postępowań na wykonanie dokumentacji projektowej, z powodu ich nieporównywalności z przedmiotowym zamówieniem, wskazując jednocześnie zamówienie „podobna inwestycja” w Warszawie, gdzie została wybrana oferta z ceną 7.196 mln zł. Odwołujący wskazuje na niekonsekwencję Zamawiającego, który żongluje argumentami dochodząc do zaprzeczania własnym argumentom, abstrahując jednak od tego, Odwołujący podtrzymuje argument dotyczący innych, porównywanych postępowań, których ceny wybranych ofert są z kolei porównywalne z ceną oferty Odwołującego. Dowód: tabela - załącznik do protestu z dnia 11.09.2009 r.

Odwołujący podniósł w proteście także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 91 Pzp, do których Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się. Odwołujący podtrzymuje jw. powyższe zarzuty. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

W dniu 05.10.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący przesłał pismo Odwołującego uzupełniając wniesione odwołanie. Kopia została przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że w dniu 2.10.2009 r. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu z dnia 11.09.2009 r. dokonanego przez Zamawiającego w dniu 24.09.2009 r. W związku z tym, iż termin do wniesienia odwołania mija w dniu 5.10.2009 r., uzupełniając Odwołanie przedłożył następujące dokumenty: a) zał. 2 pełnomocnictwo z dnia 03.07.2009 r. udzielone przez Partnera Konsorcjum (str. 22 oferty Odwołującego); b) zał. 3 odpis z KRS Partnera ECM Group Polska sp. z o.o. (str. 23-28 oferty Odwołującego); c) zał. 4 dokumenty rejestrowe złożone do KRS w dniu 2.10.2009 r.; d) zał. 5 pełnomocnictwo dla radcy prawnego Violetty W. z dnia 2.10.2009 r.; e) zał. 6 dowód doręczenia pisma z dnia 05.10.2009 r. wraz z załącznikami Zamawiającemu

Odwołujący wyjaśnił, iż odwołanie podpisane zostało w dniu 02.10.2009 r. przez radcę prawnego Violettę W. działającą na podstawie pełnomocnictwa:

1) z dnia 28.09.2009 r. udzielonego, w dacie gdy Pani Magdalena M. pełniła funkcję Prokurenta samodzielnego Biura Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy sp. z o.o., wobec czego udzielone pełnomocnictwo jest ważne. Prokura jw. odwołana została z dniem 1.10.2009 r.; 2) z dnia 2.10.2009 r. udzielonego przez Panią Magdalenę M., działającą od dnia 6.07.2009 r. jako Prezes Zarządu Biura Projektów Budownictwa Komunalnego w Bydgoszczy sp. z o.o.- uprawniony do reprezentacji samodzielnej.

Nadto z ostrożności Odwołujący dołączył pełnomocnictwo udzielone liderowi jw. w ramach Konsorcjum przez Partnera ECM Group Polska sp. z o.o., które upoważnia lidera do wnoszenia odwołań w przedmiotowym postępowaniu oraz upoważnia do udzielania dalszego pełnomocnictwa, w tym wypadku radcy Prawnemu Violetcie W. Dołączony zostaje także odpis z KRS Partnera ECM Group Polska sp. z o.o. Wzmiankowane pełnomocnictwo jak i odpis z KRS Partnera Konsorcjum zawarte są w ofercie Odwołującego (str. 22 - 28 oferty). Reasumując powyższe wskazał, że:

1) odwołanie podpisane zostało z ostrożności przez dwie osoby uprawnione do reprezentacji tj. przez Prezesa Zarządu Lidera Konsorcjum, na podstawie umocowania Partnera Konsorcjum z dnia 03.07.2007 r., oraz przez pełnomocnika ustanowionego prawidłowo przez Lidera Konsorcjum; 2) Odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu odpisu z KRS, uwzględniającego zmiany dokonane, przedłożył go Prezesowi UZP celem dołączenia do akt sprawy, względnie przedłożył na posiedzeniu KIO; 3) pismo zostało złożone z ostrożności, w celu przedstawienia składowi KIO całości dokumentów o charakterze formalnym.

W dniu 05.10.2009 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum EGIS (faxem) kopię odwołania i wezwał je do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 26.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum EGIS po stronie Zamawiającego. Wnosił o odrzucenie, względnie oddalenie odwołania.

Po pierwsze złożył wniosek o odrzucenie w trybie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, protest i odwołanie zostało bowiem wniesione przez osoby nienależycie umocowane do działania w imieniu Odwołującego, co wynika z dokumentów złożonych z ofertą. Protest podpisany został przez prokurenta Panią Magdalenę M., która w tym czasie pełniła również funkcję Prezesa Zarządu. Natomiast odwołanie podpisane zostało przez radcę prawnego Wioletkę W. na podstawie pełnomocnictwa do działania w imieniu Odwołującego udzielonego przez Panią Magdalenę M. Informacje o tym fakcie Przystępujący do odwołania oraz Zamawiający mogli poznać dopiero w momencie złożenia przez Odwołującego w dniu 05.10.2009 r. pisma uzupełniającego odwołanie wraz z załącznikami.

Łączenie funkcji prokurenta i członka zarządu jest niedopuszczalne. Na tej zasadzie stwierdzić należy, że Magdalena M. nie była osobą uprawnioną do składania środków ochrony prawnej i udzielania pełnomocnictw w imieniu Odwołującego. Tym samym protest i odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Jak wskazano powyżej, za niedopuszczalne uznać należy pełnienie przez jedną osobę jednocześnie funkcji członka zarządu i prokurenta spółki. Pogląd ten przeważał już w czasie obowiązywania przepisów Kodeksu Handlowego, pozostaje jednak aktualny także dziś, tj. pod rządami kodeksu spółek handlowych (*J. Szwaja w: Kodeks spółek handlowych. Komentarz t. V. C. H. BECK 2004 s. 498*). Argumenty przemawiające za przyjęciem niedopuszczalności połączenia przez jedną osobę obu tych funkcji opierają się w dużej mierze na istotnych różnicach pomiędzy prokurentem a członkiem zarządu, odnoszących się do: a) charakteru, w jakim osoba taka działa w imieniu spółki, b) zakresu umocowania tej osoby, a także - zakresu odpowiedzialności za podejmowane działania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż istotnym argumentem przemawiającym za zakazem łączenia w jednym ręku uprawnień prokurenta i członka zarządu jest fakt, iż osoby te działają w imieniu i za spółkę, a zatem w całkowicie innym charakterze. Należy bowiem podkreślić, iż prokurent jest de facto pełnomocnikiem spółki, zaś członek jej zarządu - organem W sytuacji gdy obie te funkcje łączy jedna osoba, nie sposób ustalić, jaki jest rzeczywisty status organu spółki - czy działa on „za” spółkę - jako członek zarządu, czy jako prokurent – „w imieniu”. Analizując ten problem dochodzimy też do oceny skutków działania takiej osoby dla spółki. W przypadku działania organu. zastosowanie będzie mieć teoria organów i skutki z niej wynikające. Działania organu osoby prawnej są traktowane jak działania samej osoby prawnej, zaś wady oświadczeń woli organu zalicza się na rachunek samej osoby prawnej.

W przypadku działania prokurenta, zastosowanie ma teoria przedstawicielstwa

z odmiennymi skutkami działania w stosunku do reprezentowanego Czynności prawnej dokonuje zatem przedstawiciel, działając jednak w cudzym imieniu, na podstawie stosownego umocowania, a czynność pociąga skutki bezpośrednio dla reprezentowanego.

W efekcie, w razie dokonywania czynności prawnej przez przedstawiciela, ten ostatni składa własne oświadczenie woli (on dokonuje czynności prawnej), tyle że czyni to w imieniu i z bezpośrednimi skutkami dla reprezentowanego. Konsekwencje tego są istotne dla samego reprezentowanego, choćby z punktu widzenia wad oświadczeń woli, dobrej lub złej wiary. Skoro bowiem wedle teorii reprezentacji osobą dokonującą czynności prawnej jest przedstawiciel (a nie reprezentowany) wobec tego o wadach oświadczenia woli, dobrej lub złej wierze, świadomości prawnie relewantnych okoliczności należy rozstrzygać zasadniczo na podstawie okoliczności zachodzących po stronie przedstawiciela, a nie reprezentowanego. Jak już bowiem podkreślono pełnomocnik (prokurent) jest odrębnym podmiotem od reprezentowanego, podczas gdy organ (członek zarządu) jest częścią struktury osoby prawnej (A. Kidyba w: *Glosa do uchwały SN z dnia 23 sierpnia 2006 r., III CZP 68/06*).

Konsekwencją przyjętej w polskim prawie tzw. teorii organu osoby prawnej jest wyraźne odróżnienie pełnomocników od osób pełniących funkcje organów osób prawnych. Łączenie tychże funkcji wymagałoby, przy dokonywaniu czynności prawnych wyraźnego oświadczenia ze strony osoby działającej, w jakim charakterze występuje. Z uwagi jednak na fakt, iż byłoby to trudne do ustalenia, skutkowałoby zagrożeniem dla realizacji zasady bezpieczeństwa i pewności obrotu (J. Szwaja. *Komentarz do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 1992 roku, Orzecznictwo Gospodarcze 4/1992 poz. 73, tenże w: Kodeks Handlowy Komentarz, t. I. Warszawa 1994*).

Kolejnym argumentem przemawiającym za niedopuszczalnością połączenia w jednym ręku uprawnień prokurenta i członka zarządu jest fakt przysługujących im różnych zakresów umocowania do działania w imieniu, czy też za spółkę. Podkreślić bowiem należy, iż zakres ten w odniesieniu do prokurenta jest węższy niż w stosunku do członka zarządu. W efekcie, w przypadku połączenia w jednej osobie obu tych funkcji dojdzie do niedozwolonego ograniczenia prawa członka zarządu do reprezentowania spółki w stosunku do osób trzecich. Skutkować to będzie naruszeniem regulacji art. 204 §2 kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którym „*prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich*”. Na gruncie tak przedstawionego problemu rodzi się kolejne pytanie, odpowiedź na które przemawia za niedopuszczalnością połączenia w jednym ręku różnych zakresów umocowania. Jak należy bowiem oceniać skutki działania dla spółki osoby, która pełni jednocześnie funkcję prokurenta i członka zarządu? Przecież nie ma pewności co do zachowania członka zarządu - prokurenta. Jeżeli przekroczy on granice umocowania, to powstaje problem, czy zastosować art. 39 § 1 k.c., czy art. 103 k.c.

O ile bowiem regulacja tego ostatniego przewiduje możliwość następczego potwierdzenia przez mocodawcę działań podejmowanych przez pełnomocnika (prokurenta)

z przekroczeniem zakresu umocowania (art. 103 §1 kodeksu cywilnego), o tyle w przypadku przekroczenia zakresu umocowania przez osobę działającą jako organ osoby prawnej, czynność przez nią podejmowana nie stanowi dokonanej czynności prawnej rzekomo reprezentowanej osoby prawnej (*contractum non existens*). W efekcie, właściwy organ osoby prawnej nie może potwierdzić czynności organu dokonanej z przekroczeniem zakresu umocowania. Może on jedynie sam dokonać czynności, aczkolwiek ze skutkami nie od chwili dokonania jej pierwotnie przez organ, ale *ex nunc*, a zatem od chwili jej dokonania już przez prawidłowo działającą osobę prawną.

Mając na uwadze powyższe rozważania, w przypadku przekroczenia przez członka zarządu, któremu udzielono jednocześnie prokury, zakresu umocowania przewidzianego dla prokurenta, osoba ta mogłaby być traktowana jako *fallus procurator* (art. 103 §1), którego działania mogłyby zostać potwierdzone przez spółkę, w tym wypadku przez jej zarząd. W rzeczywistości potwierdzenia członek zarządu udzieliłby sobie sam.

Ostatecznie wskazać należy na istotne ryzyko związane z odmiennymi zasadami odpowiedzialności członka zarządu za jego działania podejmowane za spółkę, oraz prokurenta za czynności w imieniu spółki.

Odpowiedzialność członka zarządu względem spółki jest regulowana restrykcyjnymi

przepisami kodeksu spółek handlowych (art. 291 - 300). W szczególności podkreślić należy, iż w stosunku do osoby pełniącej funkcję członka zarządu zastosowanie znajdzie szczególnie miernik staranności funkcjonariusza spółki, wynikający z zawodowego charakteru działalności członka zarządu (art. 293 §2 kodeksu spółek handlowych). Miernik staranności, którego zachowanie wyłącza winę nieumyślną, został zatem w komentowanej regulacji podniesiony ponad normy ogólne wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego i winien być oceniany z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez osobę odpowiedzialną, która stara się wykazać brak zawinienia. Jak wskazuje się wyraźnie, odpowiedzialności tej nie podlega prokurent spółki. Jego odpowiedzialność będzie zatem regulowana ogólnymi przepisami kodeksu cywilnego. Zastosowanie w jego przypadku znajdują także ogólne („niższe”) normy staranności. W efekcie, na gruncie powyższych uwag dochodzimy do wniosku, iż jedna osoba reprezentująca spółkę (pełniąc jednak jednocześnie funkcję członka zarządu i prokurenta) może różnie kształtować swoją odpowiedzialność za podejmowane działania i w zależności od charakteru podejmowanych działań, zwolnić się od odpowiedzialności poprzez zakreślenie dla siebie niższych wymagań w zakresie należytej staranności.

Taką sytuację uznać należy za niedopuszczalną, choćby z punktu widzenia powołanego już wyżej zagrożenia dla realizacji zasady bezpieczeństwa i pewności obrotu.

Mając na uwadze powyższe argumenty wykluczyć należy możliwość połączenia w jednym ręku uprawnień prokurenta i członka zarządu spółki. W efekcie, osoba pełniąca

jedną z tych funkcji, w momencie powołania do pełnienia drugiej z nich, powinna bądź to przyjmując ją, złożyć jednocześnie rezygnację z funkcji pełnionej dotychczas, bądź też odmówić jej przyjęcia, z uwagi na fakt pełnienia funkcji kolidującej z obecnie przyznaną. W przeciwnym razie, działania podejmowane przez taką osobę, z uwagi na wskazane powyżej zagrożenia dla bezpieczeństwa i pewności obrotu, uznaje się jako podejmowane przez osobę nie posiadającą skutecznego umocowania do działania w imieniu czy też za spółkę.

Z ostrożności procesowej Przystępujący do postępowania podnosi, że nawet gdyby uznać, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i winno być merytorycznie rozpoznane, jedynym możliwym rozstrzygnięciem jest oddalenie odwołania.

Przede wszystkim podnieść należy, że cena zaproponowana przez Odwołującego jest rażąco niska i niemożliwym jest zrealizowanie za nią przedmiotu zamówienia. Przystępujący do postępowania dokonał, na potrzeby wyceny swojej oferty, stosownych kalkulacji i mimo że zminimalizował swój zysk do granicy opłacalności, uzyskał znacznie wyższą cenę.

Zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą i poglądami doktryny, podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest stosunek wybranej oferty do wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z uwzględnieniem podatku VAT, to jest do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Stanowisko to, znajdujące swe źródło w brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp odnoszących rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, potwierdzają min. poniższe wyroki (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-209/07; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.03.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-1488/06; wyrok KIO z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1443/08).

W niniejszej sprawie cena zaoferowana przez Odwołującego jest aż o 66% niższa od wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Cena rażąco niska to cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych podobnych zamówień, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1.02.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-239/06; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-1452/06; wyrok KIO z dnia 5.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 196/09). W niniejszej sprawie cena zaoferowana przez Odwołującego stanowi jedynie 34% wartości zamówienia i aż o 50% niższa od ceny oferty Przystępującego do odwołania.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż w/w Wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem ceny a była wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, ale odrzucona z uwagi na uznanie tej ceny za rażąco niską, nie wniósł odwołania od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, a tym samym uznał zarzuty i stanowisko Zamawiającego. Tym samym słusznie Zamawiający przyjął, iż oferta

Odwolującego może zawierać rażąco niską cenę.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, iż zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06). Istotne jest bowiem, że ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1.04.2005 r. sygn. akt: VI Ca 464/05). W piśmiennictwie przyjmuje się, że wykonawca udzielając wyjaśnień zamawiającemu ma obalić domniemanie prawne w zakresie ceny rażąco niskiej w jego ofercie (Małgorzata Stręciwilk, „Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo”, W-wa 2008). Podobnie w wyroku KIO z dnia 17.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1068/08 oraz w wyroku KIO z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1443/08 - wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do udowodnienia, że cena jest rażąco niska (KIO w wyroku z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1443/08. Innymi słowy, w trybie art. 90 ust. 2 Pzp wykonawca musi udowodnić istnienie obiektywnych czynników wskazujących na prawidłową kalkulację ceny jego oferty. W niniejszej sprawie dowód taki Odwołującemu nie powiódł się Odwołujący nie wskazał na takie czynniki.

Z wyjaśnień Odwołującego nie sposób wywieść w sposób jednoznaczny przyczyn różnicy pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz rozbieżności w stosunku do cen zaproponowanych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przystępujący podziela stanowisko Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w toku postępowania wyjaśniającego, prowadzonego w trybie art. 90 Pzp, nie eliminują wątpliwości, co do rzetelności kalkulacji ceny oferty, gdyż nie są poparte odpowiednimi dowodami. Twierdzenia Odwołującego są gołosłowne i odwołują się w znacznej mierze do ogólników (str. 2 wyjaśnień Odwołującego z dnia 30.07.2009 r.), nie wyjaśniają istotnych wątpliwości. W istocie wyjaśnienia Odwołującego ograniczyły się do rozbicia ceny ofertowej na branże, ale już bez szczegółów, czego wymaga Pzp, dokonanej kalkulacji ze wskazaniem poszczególnych elementów cenotwórczych i przede wszystkim zakładanego zysku. Wskazać przy tym należy, iż wykonana przez Odwołującego tabela

oszacowania zamówienia, wbrew jego twierdzeniom, nie była dowodem z art. 90 ust. 3 Pzp, a jedynie wyjaśnieniem. Odwołujący nie wyjaśnił przy tym, posługując się ową tabelą, jaki związek (jaki wpływ) mają opisane przez niego, dodajmy „hasłowo”, czynniki (np. dobrze zorganizowana siatka współpracowników, wykwalifikowana kadra, odpowiednie zaplecze, wdrożony system zarządzania zasobami ludzkimi) na skalkulowanie na tak niskim poziomie ceny w odniesieniu do poszczególnych elementów tabeli.

Odnosnie zarzutów dotyczących wykazania, a właściwie jego braku, obiektywnych czynników mających wpływ na cenę - dowodzenie ich istnienia na podstawie załączonych do oferty dokumentów potencjału kadrowego czy też doświadczenia Wykonawcy, nie może być traktowany jako obiektywny czynnik mający wpływ na wynik postępowania. W obliczu faktu, iż wszyscy wykonawcy takimi czynnikami musieli się obligatoryjnie wykazać, nie sposób odgadnąć, jaki szczególnie wpływ na tak niską cenę miało mieć posiadanie wymaganego w SIWZ dla każdego Wykonawcy potencjału kadrowego czy doświadczenia. Nie sposób również do obiektywnych czynników mający wpływ cenę, zakwalifikować argumentu Odwołującego przedstawionego w wyjaśnieniach o posiadaniu odpowiedniego zaplecza techniczno-organizacyjno-logistycznego oraz wykwalifikowanych pracowników i wdrożonego systemu zarządzania zasobami ludzkimi, gdyż takimi cechami z powodzeniem może wykazać się każdy wykonawca działający na rynku i ubiegający się o zamówienia publiczne. Co więcej, oświadczenie Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 30.07.2009 r., iż strategią działalności biura pozwalającą na optymalizację kosztów realizacji usług jest fakt, iż jego personel pracuje na kilku jednocześnie realizowanych kontraktach, naszym zdaniem stanowi poważne zagrożenie dla jakości i terminowości realizacji niniejszego zamówienia.

Słusznie zatem Zamawiający na podstawie tak sformułowanych wyjaśnień odrzucił ofertę Odwołującego.

W ocenie Przystępującego, nie powiódł się także Odwołującemu dowód, iż Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny wyjaśnień dot. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający bez wątpienia udowodnił, iż dokonując oceny wyjaśnień Odwołującego wziął pod uwagę szereg obiektywnych czynników, w szczególności zakres zamówienia i konieczność zatrudnienia odpowiedniej kadry (Odwołujący w kalkulacjach pominął kluczowy personel), stawki za umowną jednostkę nakładu pracy przy pracach projektowych. Podkreślenia przy tym wymaga, iż dokonując oceny wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 2 Pzp Zamawiający czyni to w odniesieniu do materiału, dowodów dostarczonych przez Wykonawcę (Odwołującego), jeżeli więc materiał ten jest ogólnikowy (typu - samo oświadczenie Odwołującego „*lokalny charakter*”), nie sposób oczekiwać od Zamawiającego, że Zamawiający wykaże z uwzględnieniem dyrektyw oceny wyjaśnień z art. 90 ust 2 Pzp, że opisane przez Odwołującego czynniki nie mogły wpłynąć na tak niską cenę (np. Odwołujący mimo oświadczenia o lokalnym charakterze, nie miał sprzyjających warunków wykonania

zamówienia).

Reasumując uznać należy, że Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, tym samym nie udowodnił tego, do czego był zobligowany przez ustawę, a mianowicie, że zaoferowana przez niego cena jest rzetelna i należyście skalkulowana.

Podkreślić również należy, że na Zamawiającym leży ciężar dowodu, co do wykazania, iż dokonana przez niego ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jest prawidłowa (wyrok KIO z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1443/08). Całościowa analiza sprawy jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie opisane w art. 90 Pzp i w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Biorąc pod uwagę ich lakoniczność,

i brak materiałem jedyną decyzją ogólnikowość poparcia dowodowym możliwą Zamawiającego była ta, jaką w rzeczywistości podjął.

Również nie sposób się zgodzić z zarzutem Odwołującego opisanym w odwołaniu w pkt III, jakoby Zamawiający w rozstrzygnięciu nie sprecyzował konkretnie dlaczego uznaje za niewiarygodne wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał wyraźnie, iż jednym z podstawowych powodów odrzucenia oferty Odwołującego była analiza wyjaśnień i kalkulacji zaoferowanej ceny, na podstawie której stwierdzono brak uwzględnienia w wycenie kosztu dla projektantów i sprawdzających w 3 branżach, wymienionych w SIWZ jako niezbędne do realizacji zamówienia - tj. kolejowej, konstrukcyjno - budowlanej oraz telekomunikacyjnej. Właśnie brak wyceny dla jednego z najistotniejszych elementów oferty dotyczący nie uwzględnienia co najmniej 6 wymaganych przez zamawiającego projektantów w 3 specjalnościach był jednym z podstawowych powodów odrzucenia oferty Odwołującego (str. 4 oddalenia protestu). Obalenie przez Odwołującego domniemania rażąco niskiej ceny wymagało przedłożenia skrupulatnych wyliczeń i kalkulacji. Zobowiązany był on do wyjaśnienia przyczyn rozbieżności, ewentualnych oszczędności, jakie może poczynić realizując projekt, gdyż posiada np. gotowe wyniki badań, czy pozwolenia. Wskazać mógł np. liczbę pracowników (w tym personelu kluczowego), którymi będzie posługiwać się przy realizacji zamówienia i kosztu ich wynagrodzenia, np. poprzez przedłożenie stosowych umów czy też ich projektów, o ile nie zostały jeszcze zawarte. Koniecznym jest również wykazanie choćby minimalnego zysku wynikającego z realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący mógł również zastrzec, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie chce on, by ujawnione zostały innym oferentom. Odwołujący czynności tych zaniechał. Fakt, iż Zamawiający nie podał konkretnej tabeli wyceny prac projektowych nie zwalnia Odwołującego z rzetelnego i profesjonalnego oszacowania przedmiotu zamówienia, a za takie nie sposób uznać szacowanie ceny bez uwzględnienia kilku z podstawowych - wymienionych w SIWZ branż. Dodatkowo, tłumaczenie jakoby wszelkie inne koszty zostały

uwzględnione w poz. 9 „*Pozostałe koszty oraz składniki wpływające na cenę*” musiało wzbudzić wątpliwość Zamawiającego gdyż od jakiej strony by na wycenę nie spojrzeć, podstawowe branże muszą się w niej znaleźć. Analizując matematycznie natomiast cenę Odwołującego, nie sposób uwierzyć iż brakujące branże mieszczą się w poz. 9, która została skalkulowana na poziomie 949 639 tys. zł. Właśnie zwykła matematyka dowodzi, iż kwota ta

nie jest w stanie nawet poryć brakujących w wycenie Odwołującego branż, nie wspominając nawet o jakichkolwiek innych kosztach związanych z realizacją takiego projektu, które poz. 9 musiałaby być w stanie sfinansować jak np. ryzyka, koszty wynajmu biura (nawet jeśli biuro znajduje się w Bydgoszczy, jego prowadzenie musi implikować koszty), czy też zwykła koordynacja projektu.

Ponadto - jak Przystępujący udowodnił w Przystąpieniu do protestu - przedstawione branże zostały skalkulowane na rażąco niskim poziomie, na dowód czego załączył wycenę samej branży geologicznej, która winna być wyceniona na poziomie ok. 200 tys. zł, podczas gdy Odwołujący skalkulował ją na poziomie 30 tys. zł (nawet gdyby założyć iż te 30 tys. zł, to koszt samego geologa, pozostałe materiały musiałyby być uwzględnione w poz. 9, czy też 8, a jak wykazano powyżej, nie są one w stanie pokryć nawet kosztów brakujących w wycenie oferty Odwołującego branż) Wobec powyższego, patrząc na wykazaną wycenę trudno, nawet w obecnych warunkach rynkowych, odnaleźć jakikolwiek zysk.

W kontekście powyższych rozważań, oczywistym jest, że Odwołujący nie może zgłosić w stosunku do Zamawiającego zarzutu przeszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie zaskarżył dokonanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia czy kwoty podanej przez Zamawiającego w trybie art. 86 ust 3 Pzp. Podkreślenia także wymaga, że Odwołujący nie zaskarżył wezwania Zamawiającego z dnia 28.07.2009 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp, mimo iż także z tego wezwania wynikało, iż Zamawiający odnosi cenę ofertową Odwołującego do ustalonej przez siebie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Nie może więc obecnie Odwołujący opierać swojej obrony, czy zarzutów dot. rozstrzygnięcia protestu na odrzuceniu oferty Odwołującego na stwierdzeniu nieprawidłowości przy podejmowaniu przez Zamawiającego ww. czynności dot., wartości przedmiotu zamówienia.

Za chybiony należy uznać również zarzut Odwołującego (str. 7 odwołania), że Zamawiający wezwał Odwołującego wyłącznie do złożenia wyjaśnień, powinien zaś zażądać również dowodów uwiarygodniających rzetelność zaproponowanej ceny. Fakt ten, jak podnosi Odwołujący, nie może działać obecnie na jego niekorzyść. Należy jednak zauważyć, iż z brzmienia art. 90 ust 1 i 2 Pzp wynika, że Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień i dokonuje ich oceny. Utrwalona już linia orzecznicza powstała na bazie tegoż przepisu wyjaśniła w sposób dostateczny, że w pojęciu owych „*wyjaśnień*” zawierają się również dowody, jako że, jak to już wspomniano powyżej, to wykonawca musi udowodnić, iż

jego cena jest rzetelna i realna. Wszystkie dowody uzasadniające rzetelność i adekwatność zaproponowanej przez Odwołującego ceny zawarte w odwołaniu są przy tym spóźnione i nie mogą być obecnie brane pod uwagę. Odwołujący zobligowany był na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (tj. w wyjaśnieniach) przedstawić wszystkie okoliczności związane z kalkulacją ceny pod rygorem skutków z art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Za nieuzasadniony należy uznać zarzut Odwołującego, że nie mógł on należycie skalkulować ceny, czyli zastosować metod wyceny preferowanych przez Zamawiającego, gdyż nie miał on wiedzy, iż w swych ostatecznych decyzjach Zamawiający kierować się będzie Środowiskowymi Zasadami Wyceny Prac Projektowych. Należy bowiem podkreślić, że żaden z wykonawców nie posiadał takiej informacji. Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych stanowiły w tym postępowaniu jedynie punkt odniesienia co do oceny realności rynkowej zaproponowanych cen. Koniecznym do dodania jest również, że każdy z wykonawców w oparciu o własne koszty, możliwości i planowany zysk dokonuje kalkulacji proponowanej przez siebie ceny. I taką właśnie kalkulację Odwołujący winien był Zamawiającemu przedstawić w trybie art. 90 Pzp.

Również nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, jakoby Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oceniając cenę Odwołującego na podstawie Środowiskowych Zasad Wyceny Prac Projektowych, ponieważ nie zamieścił wymogu ich stosowania w SIWZ, po czym na ich podstawie odrzucił ofertę Odwołującego. Nieprawdą jest również twierdzenie Odwołującego: „*Koronny argument Zamawiającego dotyczący obowiązkowego stosowania ŚZWPP*” (str. 9 odwołania) Należy podkreślić, iż w żadnym punkcie rozstrzygnięcia protestu Odwołującego Zamawiający nie nakazywał stosowania niniejszych zasad, użył ich jedynie jako punktu odniesienia poziomu cen jednostkowych. Jeśli zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien był jako punktu odniesienia stosować kryterium wartości zamówienia, kryterium poziomu cen pozostałych ofert, nie powinien stosować analiz matematycznych, nie ma prawa też oceniać wyjaśnień na podstawie ewidentnego braku

wyceny podstawowych branż (co zostało poparte przez Zamawiającego dowodami), nie może też odnieść poziomu cen składowych odwołującego do Środowiskowych zasad wyceny prac projektowych, należałoby uznać, iż to właśnie cena Odwołującego jest punktem odniesienia do pozostałych cen i do wartości zamówienia. Nie sposób zgodzić się z takim rozumowaniem, które nie znajduje ani podstaw faktycznych, ani tym bardziej prawnych. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, pismem Zamawiającego z dnia 28.07.2009 r., odpowiedzią Odwołującego otrzymaną przez Zamawiającego 31.07.2009 r., tj. wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z załączoną szczegółową kalkulacją ceny, jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania oraz złożonymi przez Odwołującego: 1) Zarządzeniem z dnia 08.10.2009 r. Sądu Rejonowego w Bydgoszczy; 2) Wydrukiem artykułu dr Jerzy P. Nowakowski „Pełnomocnictwo członka zarządu spółki z o.o.”, Monitor Prawniczy Nr 1/2008 oraz artykułu „Od pełnomocnictwa handlowego nie ma składek ZUS” z Rzeczypospolitej z 17.04.2009 r.; 3) Wyciągiem z Komentarza K.s.h. Jerzego Naworskiego (praca zbiorowa) do art. 202 ksh, s. 366-367; 4) Zestawieniem porównawczym cen ofertowych w postępowaniach na udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie modernizacji infrastruktury tramwajowej (I – Tramwaje Śląskie S.A. – 2 str., oraz II – budowa linii tramwajowej os. Lecha – Franowo, wrzesień 2009 – 1 str. wraz z materiałami źródłowymi do obu modernizacji, tj. ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 26.04.2009 r. na Tramwaje Śląskie S.A., protokołem z otwarcia ofert z dnia 31.07.2009 r. na budowę linii tramwajowej os. Lecha – Franowo, drukiem ZP-12 na budowę linii tramwajowej os. Lecha – Franowo, informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 01.09.2009 r. na budowę linii tramwajowej os. Lecha – Franowo); 5) Porównaniem cen złożonych ofert wg ZP-12, gdzie punkt odniesienia dla ustalenia ceny rażąco niskiej stanowią ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu; 6) Analizą złożonych ofert przygotowaną dla potrzeb Komisji Przetargowej Zamawiającego z dnia 13.08.2009 r.; 7) Pismem z dnia 08.10.2009 r. Izby Projektowania Budowlanego skierowanym do Odwołującego; 8) Dwoma tabelami, tj. porównaniem wycen Zamawiającego i oferty Odwołującego wraz z dowodami na poparcie wyceny oraz rezerwą środków przyjętą w ofercie Odwołującego, jak również złożonymi przez Zamawiającego, tj. analizą porównawczą wyników 3 rozstrzygniętych przetargów o podobnym charakterze do przetargu na: „Budowę linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońska, Lewińskiego, Akademicka i Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej: „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy” celem szacunkowego ustalenia ceny rynkowej w/w przetargu, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego zaprezentowanych na posiedzeniu i rozprawie w dniu 26.10.2009 r., i 09.11.2009 r. oraz zaprezentowanych w pisemnych stanowiskach (wniosek

Zamawiającego o oddalenie odwołania z dnia 23.10.2009 r., pismo Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1497/09 z dnia 07.11.2009 r., uzupełnienie z dnia 06.11.2009 r. wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania złożonego w dniu 26.10.2009 r.) ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Na posiedzeniu Przystępujący, jak i Zamawiający złożyli wniosek o odrzucenie odwołania w trybie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, wskazując, że protest i odwołanie zostało wniesione przez osoby nienależycie umocowane do działania w imieniu Odwołującego, co wynika z dokumentów złożonych z ofertą. Protest bowiem podpisany został przez prokurenta Panią Magdalenę M., która w tym czasie pełniła również funkcję Prezesa Zarządu. W sytuacji, gdy obie te funkcje łączy jedna osoba, nie sposób ustalić, jaki jest rzeczywisty status organu spółki - czy działa on „za” spółkę - jako członek zarządu, czy jako prokurent –

„w imieniu”. Przystępujący niniejszy wniosek ponowił stosownie do złożonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zaś Zamawiający uznał wniosek Przystępującego za własny na posiedzeniu. Izba uznała za wiarygodne stanowisko Odwoływającego poparte: 1) Zarządzeniem z dnia 08.10.2009 r. Sądu Rejonowego w Bydgoszczy; 2) Wydrukiem artykułu dr Jerzy P. Nowakowski „Pełnomocnictwo członka zarządu spółki z o.o.”, Monitor Prawniczy Nr 1/2008 oraz artykułu „Od pełnomocnictwa handlowego nie ma składek ZUS” z Rzeczpospolitej z 17.04.2009 r.; 3) Wyciągiem z Komentarza K.s.h. Jerzego Naworskiego (praca zbiorowa) do art. 202 ksh, s. 366-367. Izba uznała za uzasadnione stanowisko Odwoływającego stwierdzające, że Pani Magdalena M. odwołała prokurę z chwilą otrzymania stosownej uchwały, w trybie art. 61 kodeksu cywilnego, co miało miejsce 01.10.2009 r. Zasadne jest bowiem przyjęcie, że dopiero w momencie otrzymania stosownej informacji, niniejsza osoba mogła zrzec się funkcji prokurenta, w rezultacie skuteczność powołania jej nastąpiła z chwilą doręczenia, w tym wypadku stosownej uchwały. Data podjęcia uchwały, tj. 06.07.2009 r. oraz jej wejście w życie z chwilą jej podjęcia jest dla tej kwestii bez znaczenia. Należy bowiem przyjąć, że dana osoba może przyjąć albo odmówić przyjęcia powołania na dane stanowisko np. z powodów zdrowotnych lub osobistych. Niniejsze znajduje w szczególności potwierdzenie w przedstawionym przez Odwoływającego zarządzeniu z dnia 08.10.2009 r. Sądu Rejonowego w Bydgoszczy oraz Wyciągu z Komentarza K.s.h (niniejszy wyraźnie odróżnia powołanie od jego przyjęcia). Izba stwierdza także, po analizie całości artykułu dr Jerzy P. Nowakowskiego, że odnosi się on nie tylko do spółek partnerskich, ale także kapitałowych.

Izba wskazuje również, że także argumentacja Przystępującego oparta na stanowisku doktryny, ze strony 3 przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego, stwierdza, że: „(...) Łączenie tychże funkcji wymagałoby, przy dokonywaniu czynności prawnych wyraźnego oświadczenia ze strony osoby działającej, w jakim charakterze występuje (...)”. W przedmiotowym stanie faktycznym każdorazowo jednoznacznie wynika w jakim charakterze występowała Pani Magdalena M. Protest podpisała Pani Magdalena M. jako prokurent samoistny działający w imieniu lidera Konsorcjum bPbb umocowanego z ramienia całego konsorcjum bPbb na podstawie pełnomocnictwa z 03.07.2009 r., odwołanie podpisała radca prawny Violetta W. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28.09.2009 r. udzielonego przez Panią Magdalenę M. działającą jako prokurent samoistny. Pismo z dnia 05.10.2009 r. podpisała radca prawny Violetta W. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 02.10.2009 r. udzielonego przez Prezes Panią Magdalenę M oraz dodatkowo przez Panią Prezes. Pełnomocnictwa złożone przez pełnomocników Odwoływającego na rozprawę z dnia 22.10.2009 r. także zostały podpisane przez Panią Prezes Magdalenę M. zgodnie z przedłożonym odpisem pełnym z KRS-u z dnia 23.10.2009 r. umocowaną do jednoosobowej reprezentacji. Niniejszy odpis pełny potwierdził zaistniałe zmiany na stanowisku Prezesa Zarządu.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwoływający, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez nieobiektywną i stronniczą ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwoływającego w sprawie rażąco niskiej ceny, co jednocześnie naruszyło art. 7 ust. 1 i 2 Pzp wyrażający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tudzież bezstronności i obiektywizmu, Izba uznaje za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zamawiający w dniu 28.07.2009 r. wezwał Odwoływającego do wyjaśnień wskazując, że: „(...) dla potrzeb wykonania zamówienia, szczegółowo opisanego w SIWZ pkt. 3.3 - Ustalenia szczegółowe, przeznaczył kwotę 12.200.000 PLN. W związku z zaproponowaniem (...) wyraźnie niższej ceny ryczałtowej wykonania całego zamówienia zwracamy się z prośbą

o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający informuje, iż w przypadku gdy udzielone wyjaśnienia zawierać będą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawcy przysługuje prawo zastrzeżenia tych informacji. Wyjaśnienia należy złożyć w zamkniętej kopercie oznaczonej nazwą i adresem Wykonawcy, w siedzibie Zamawiającego, określonej w pkt. 1 SIWZ do dnia 31.07.2009 r. do godz. 12:00". Pouczając, że: „(...) odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W odpowiedzi Odwołujący w piśmie otrzymanym przez Zamawiającego w dniu 31.07.09 r. oświadczył, iż: „(...) cena określona w ofercie umożliwia należyte wykonanie usługi w zakresie określonym w przedmiocie zamówienia, zgodnie z obowiązującym prawem oraz w wyznaczonym terminie. (...) legitymuje się ponad 50 letnim doświadczeniem w projektowaniu. W tym czasie zakończonych zostało wiele umów i nadal realizowane są projekty wielobranżowe na terenie całego kraju. Posiadamy dobrze zorganizowaną i funkcjonującą od wielu lat siatką współpracowników. Dysponujemy odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjno-logistycznym, kadrą wykwalifikowanych pracowników oraz doświadczeniem związanym z bieżącym wykonywaniem usług. Wpływ na wysokość ceny ofertowej ma także opracowany i wdrożony system zarządzania zasobami ludzkimi stosowany w firmie. Obowiązki projektantów oraz innych specjalistów są ściśle powiązane z etapami realizacji umów w poszczególnych branżach, co pozwala w sposób efektywny zaplanować ich realizację. Sprawne zarządzanie czasem pracy projektantów oraz innych członków zespołu projektowego pomiędzy kilkoma jednocześnie realizowanymi kontraktami, na których oparta jest strategia działalności biura pozwala na znaczną optymalizację kosztów realizacji usług. Ważnym czynnikiem mającym wpływ na wysokość zaoferowanej przez nas ceny jest to, iż jesteśmy lokalnym Wykonawcą, więc charakteryzujemy się doskonałą znajomością terenu objętego przedmiotem zamówienia, co pozwoliło nam na dokładne oszacowanie kosztów. Na potwierdzenie powyższego można przytoczyć, iż kolejna oferta, złożona przez konsorcjum, w którego skład wchodzi również firmy bydgoskie, złożyła ofertę cenowo zbliżoną do zaoferowanej przez nasze Biuro, a występujące różnice w stosunku do innych ofert, złożonych w niniejszym postępowaniu mogą wskazywać na założony zysk lub ryzyko związane ze słabszą od lokalnego Wykonawcy znajomością przedmiotu zamówienia oraz kosztami dojazdów. Powyższe umożliwiło nam zaoferowanie Zamawiającemu atrakcyjnej ceny i jednocześnie jest w pełni opłacalne dla Biura”.

Do pisma wyjaśniającego dołączono tabelę oszacowania kosztów wykonania usługi dla niniejszego postępowania, wyceniając koszt usługi na kwotę 4.149 999,58 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje za orzecznictwem, że: „Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli potencjalny wykonawca nie złoży wyjaśnień, oraz gdy ocena wyjaśnień i innych dowodów potwierdzi, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceny wyjaśnień [art. 90 ust. 2 Pzp] dokonuje się zgodnie z ogólnymi zasadami rządzącymi oceną dowodów, to jest z uwzględnieniem aktualnego stanu wiedzy, zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania” (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 05.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06). Z chwilą złożenia takich wyjaśnień, stanowiących oświadczenie wykonawcy składające się na treść oferty, to Zamawiający winien wykazać, iż są one obiektywnie rzecz ujmując, niewiarygodne, a swoje twierdzenia należyćie i w sposób pełny uzasadnić. Oznacza to, iż na Zamawiającym ciąży obowiązek odpowiednio wnikliwej analizy wyjaśnień (Wyrok KIO z dnia 16.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1234/09, sygn. akt: KIO/UZP 1238/09; sygn. akt: KIO/UZP 1240/09). Niniejsze stanowisko jest zgodne ze stanowiskiem Zamawiającego, jak i Przystępującego względem domniemania prawnego (praesumptio iuris). Zgodnie bowiem z orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: 1443/08), że: „Art. 90 ust. 1 Pzp przewiduje zwrócenie się przez Zamawiającego w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z wykładni literalnej przywołanego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynności wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie prawne (praesumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia Wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Istotne dla rozstrzygnięcia sprawy jest ustalenie strony na której spoczywa ciężar dowodu, (.....) oraz zakresu dowodu. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r. sygn. akt. VI Ca 464/05). Skoro jednak Zamawiający nie uznał złożonych wyjaśnień i dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że (zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu art.6 k.c w związku z art. 14 Pzp), wyjaśnienia Odwołującego się nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Na Zamawiającym spoczywa zatem ciężar dowodu, jednak nie w zakresie wykazania, iż cena oferty Odwołującego się jest rażąco niska, a co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień Odwołującego się zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp. Ocena tych wyjaśnień stanowi podstawę do uznania za potwierdzone zaoferowania rażąco

niskiej ceny (art. 90 ust. 3 Pzp)”. Podobne stanowisko zajmuje doktryna i wskazuje ono, że „(..) stwierdzić należy, iż zamawiający nie jest zobligowany do poszukiwania dowodów świadczących o tym, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zakres materiału dowodowego wyznaczają wyjaśnienia wykonawcy i ewentualnie złożone przez niego dowody. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonać wnikliwej, merytorycznej i kompleksowej oceny wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami w granicach ich celu. Z ust. 3 wynika wyraźnie, iż wykonawca odrzuca ofertę, jeżeli dokonana ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odrzucając, powinien zatem dokonać negacji twierdzeń wykonawcy, wykazując, iż wymienione przez wykonawcę czynniki cenotwórcze obiektywnie nie wpływają na poziom ceny oferty lub nie mogą obiektywnie zredukować (do w) stopniu przyjętym w kalkulacji (..)”. (M. Makowski: „Postępowanie wyjaśniające w sprawie rażąco niskiej ceny”. Kwartalnik PZP, Nr 1 (16) /2008, str. 33). „Postępowanie wyjaśniające ma (..) utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt: V Ca 459/06). W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający w sposób zbyt pochopny ocenił pierwotne wyjaśnienia otrzymane przez Zamawiającego w dniu 31.07.2009 r., jak i załączoną kalkulację. Niniejsze stanowisko Izba uzasadni w dalszej części.

Po drugie, Izba stwierdza, że z art. 90 ust. 2 Pzp nie wynika *expressis verbis* obowiązek przedłożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, w konsekwencji nie wynika prawo Zamawiającego do żądania dowodów, potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca, udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć, a wówczas Zamawiający będzie zobowiązany, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę ich podparcie stosownym dowodem (tak m.in. W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 90 ustawy z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2006 r. Nr 164, p. 1163), LEX/el. 2007). Izba podzieliła niniejszy pogląd. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp mówi o ocenie dowodów, jeżeli zostaną one złożone wraz z wyjaśnieniami i na ich poparcie. Nie oznacza to, że Zamawiający może takich dowodów bezwzględnie wymagać, gdyż przepis art. 90 ust. 1 Pzp mówi jedynie o wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Nawet gdy Zamawiający, wbrew kategorycznej treści przepisu, wymagał złożenia dowodów i z faktu tego wywodził swoje prawo do odrzucenia oferty, to praktyka taka, mimo że nie została objęta odrębnymi protestami wykonawców, nie czyni prawa (Wyrok KIO z dnia 16.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1234/09, sygn. akt: KIO/UZP 1238/09; sygn. akt: KIO/UZP 1240/09). Izba wskazuje, że podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Poznaniu (Wyrok z dnia 12.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08) stwierdzając, że: „Należy przy tym w pełni podzielić argumenty Zamawiającego, że procedura określona art. 90 pzp ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy”. W ocenie Izby, negowanie złożonych wyjaśnień otrzymanych w dniu 31.07.2009 r., czy też umniejszanie ich znaczenia

z powodu braku dowodów, co *de facto* miało miejsce ze strony Zamawiającego, jest działaniem nie znajdującym uzasadnienia w Pzp oraz stanowisku orzecznictwa i doktryny. Niniejsze nie zwalnia także Zamawiającego od wnikliwej analizy wyjaśnień składanych na okoliczność domniemania rażąco niskiej ceny przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po trzecie, w ocenie Izby, zasadnym są twierdzenia tak Zamawiającego, jak i Przystępującego, że postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust. 3 Pzp jest czynnością

jednokrotną, obwarowaną sankcją wynikającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepis ten został sformułowany na zasadzie analogii, tj. tak jak art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec powyższego wszelkie dodatkowe wyjaśnienia są niedopuszczalne i nie mogą być przedmiotem ewentualnego badania ze strony KIO. Powyższe potwierdza orzecznictwo m.in. wyrok KIO z dnia 11.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 273/08 oraz wyrok KIO z dnia 13.08. 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 752/08, sygn. akt: KIO/UZP 788/08, sygn. akt: KIO/UZP 789/08, jak również wyrok KIO z dnia 30.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 741/09). W przeciwnym bowiem wypadku *a contrario* złożenie niewystarczających, czy też enigmatycznych wyjaśnień nie skutkowałoby odrzuceniem oferty. Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Izby, powyższe nie miało miejsca. Niniejsze stanowisko Izba uzasadni w dalszej części.

Izba przywołała wskazane wyżej orzeczenia w celu nie tylko usystematyzowania polemicznych stanowisk wyrażanych na rozprawie przez strony i Przystępującego, ale także dla umiejscowienia argumentacji, która była podstawą przedmiotowego orzeczenia.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zasadne jest stanowisko Odwołującego, że ocena wyjaśnień otrzymanych przez Zamawiającego w dniu 31.07.2009 r. została dokonana w oderwaniu od złożonej oferty. Zamawiający nie wziął pod uwagę, że zaoferowana cena ma charakter ryczałtowy, zaś w złożonej ofercie nie ma elementów kalkulacyjnych, które można poddać badaniu na podstawie obiektywnych dokumentów złożonych w ofercie. Co więcej, mimo że Izba zna stanowisko doktryny, że: *„Nie można zakładać, iż Zamawiający zawsze z góry wie, które z elementów kalkulacji oferty mogą wpływać na poziom ceny w ofercie”*. (M. Makowski: *„Postępowanie wyjaśniające w sprawie rażąco niskiej ceny”*. Kwartalnik PZP, Nr 1 (16)/2008, str. 29), to uznać należy, że w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę czasookres, w którym należało złożyć stosowne wyjaśnienia (teoretycznie 3 dni, a w praktyce 2 dni) oraz fakt, że cena w ofercie miała charakter ryczałtowy, stopień szczegółowości wyjaśnień otrzymanych w dniu 31.07.2009 r. był odzwierciedleniem stopnia szczegółowości wezwania do wyjaśnień z dnia 28.07.2009 r. Zamawiający potwierdził *de facto* na jednej z rozpraw, że gdyby dysponował dowodami takimi, jakie zostały przedstawione w szczególności na rozprawie w dniu 09.11.2009 r. ponownie przeanalizowałby złożoną ofertę i zasadność zarzutu. Zanegował więc formę graficzną/wizualną oraz poziom szczegółowości złożonych wyjaśnień

przedstawionych w formie tabeli wraz z wyjaśnieniami. Argumentacja Zamawiającego, który uznał, że Odwołujący miał na sporządzenie stosownej kalkulacji dla zaoferowanej ceny w postępowaniu, czas liczony z uwzględnieniem terminu na składanie ofert jest błędna. Zamawiający pomija, że w przedmiotowym postępowaniu cena miała charakter ryczałtowy (o czym w dalszej części uzasadnienia), zaś argumentacja, że załącznikiem do SIWZ był szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, który to opis, w ocenie Zamawiającego, winien zostać przyjęty do wyceny złożonej oferty, jak i przy konstruowaniu wyjaśnień ma charakter polemiczny, gdyż w SIWZ to co winna zawierać oferowana cena określone było w pkt 18. 2 SIWZ, natomiast zawartość wyjaśnień została odniesiona to niniejszego załącznika dopiero na rozprawie 09.11.2009 r.

W drugiej kolejności Izba przywołuje, że Zamawiający w pkt 20.6 i 20.7 SIWZ przyjął, iż jedynym kryterium oceny ofert jest najniższa cena – C znaczenie - 100%. Zapis powyższy, w powiązaniu z zapisem punktu 18.1 SIWZ, pozwala na nie budzące wątpliwości ustalenie, iż tak ustalona cena jest ceną ryczałtową. Nadto w pkt 18. 2 SIWZ Zamawiający określił, co zaoferowana cena winna zawierać, przy czym nie zawarł zapisów co do wyeksponowania w ramach złożonej oferty jakichkolwiek elementów cenotwórczych w oferowanej cenie. Nie zawarł więc żadnych szczegółowych wymogów co do sposobu prezentacji ceny w ofercie, czy też wyjaśnieniach. Skoro więc nie wprowadzono w tym zakresie wymogów, to trudno zarzucić Odwołującemu, że składając wyjaśnienia przyjął własny poziom szczegółowości podawanych elementów kalkulacyjnych. Zasadnym jest także stanowisko Odwołującego w tym zakresie, który wskazał na rozprawie w dniu 09.11.2009 r., że gdyby poziom szczegółowości przedstawionej kalkulacji był większy, zawsze istnieje niebezpieczeństwo kwestionowania jego poziomu i wykazywania braku określonych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Odwołujący w ramach złożonego formularza ofertowego zadeklarował wykonanie zamówienia publicznego na warunkach określonych w SIWZ, w tym umowy: 1) za cenę ryczałtową brutto 4.149.999,58 PLN, 2) w terminie 24 miesięcy od daty podpisania umowy z uwzględnieniem wykonania poszczególnych etapów zgodnie z zapisami § 3 wzoru umowy, 3) udzielając rękami za wady przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami § 11 wzoru

umowy, 4) deklarując realizację zamówienia przy udziale podwykonawców w następującym zakresie: Voessing Polska – część drogowa.

Izba podkreśla, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym ryzyko obliczenia ceny obciąża Odwołującego zwłaszcza, że podpisując ofertę złożył jednocześnie oświadczenie wskazanej wyżej treści, na jakich warunkach wykona zamówienie. Powyższe znajduje także potwierdzenie w § 1-4 wzoru umowy, a w szczególności § 13 ust. 7-9. Zgodnie z ust. 9 niniejszego paragrafu: „Wynagrodzenie Wykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym, które nie ulegnie podwyższeniu bez względu na jakiegokolwiek szczególne okoliczności. (.....)

śadne nieoszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań projektowych nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w niniejszym paragrafie”. W konsekwencji wszelkie obawy Zamawiającego o ewentualne zmiany tego wynagrodzenia w toku realizacji zamówienia są bezpodstawne i sprzeczne z jednoznacznym stanowiskiem Odwołującego wyrażonym na rozprawie, jak i wynikającym z oferty oraz zapisów przyszłej umowy.

W ocenie Izby, można mówić także, że Zamawiający, mimo świadomości: „(..) iż zamówienie na wykonanie dokumentacji projektowej charakteryzuje się określoną specyfiką (..)” (Wyrok z dnia 11.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 273/08), w swym działaniu nie był konsekwentny. Z jednej strony bowiem urealnił wartość szacunkową zamówienia, a ściślej ustalając na bazie kalkulacji własnej dopuszczalną w jego mniemaniu wartość minimalną za którą wykonanie zamówienia jest rentowne dla potrzeb analizy złożonych ofert, kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia i ewentualnymi obiektywnymi czynnikami, które mogą mieć wpływ na zaoferowaną cenę, z drugiej strony niezmiennie wykazywał odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o wartość szacunkową będącą podstawą wszczęcia postępowania.

Izba nie neguje jednokrotnego charakteru złożonych wyjaśnień, dlatego nie uwzględniła dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie z dnia 09.11.2009 r. za wyjątkiem analizy złożonych ofert przygotowaną dla potrzeb Komisji Przetargowej Zamawiającego z dnia 13.08.2009 r. będącej *de facto* częścią dokumentacji postępowania Zamawiającego. Jednakże wyjaśnienia otrzymane w dniu 31.07.2009 r. wskazywały obiektywne czynniki. Izba wzięła pod uwagę tylko owe czynniki wskazane w wyjaśnieniach. Przy czym nie neguje, że określone czynniki niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia muszą posiadać wszyscy uczestnicy, za takie należy uznać czynniki wskazane w wyjaśnieniach takie jak posiadanie dobrze zorganizowanej i funkcjonującej siatki współpracowników, dysponowanie odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjno-logistycznym, kadrą wykwalifikowanych pracowników oraz doświadczeniem związanym z bieżącym wykonywaniem usług, czy też systemem zarządzania zasobami ludzkimi. Wskazane przez Odwołującego w jego odwołaniu odniesienia do złożonej oferty względem wymienionych czynników potwierdzają taki ich charakter. Potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych przez Wykonawców może następować w różny sposób, co jednakże nie czyni z tego faktu dowodu na dysponowanie przez Wykonawców, czy też jak w tym wypadku Odwołującego, obiektywnymi czynnikami sprzyjającymi dla realizowania zamówienia.

W ocenie Izby, obiektywnymi czynnikami wskazanymi w wyjaśnieniach (mającymi decydujące znaczenie), które potwierdzają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, które nie są dostępne dla szerokiego kręgu przedsiębiorców, w tym wszystkich wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie

są: a) lokalny charakter Wykonawcy i wynikająca z tego doskonała znajomością terenu objętego przedmiotem zamówienia, co pozwoliło na dokładne oszacowanie kosztów, b) ponad 50 letnie doświadczenie w projektowaniu. W zakresie pierwszego ze wskazanych czynników Izba odniesie się przy rozpoznawaniu następnego z zarzutów, w tym miejscu jedynie sygnalizując, że Izba uznała w tym zakresie stanowisko oraz argumentację Odwołującego. Uznała także za wiarygodny dowód z porównania cen złożonych ofert wg ZP-12, gdzie punkt odniesienia dla ustalenia ceny rażąco niskiej stanowią ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W zakresie drugiego ze wskazanych czynników Izba zauważa, że niezasadnie Zamawiający bagatelizuje 50 letnie doświadczenie Odwołującego w zakresie wykonywania prac projektowych. Izba nie neguje, że każdy Wykonawca, nawet z długą tradycją może upaść (jak wskazywał Zamawiający w obu złożonych wnioskach o oddalenie odwołania podczas obu rozpraw), czy też dokonać złej kalkulacji ceny. Przy

czym Zamawiający nie wykazał, że miało to miejsce w innych postępowaniach, ani też w przedmiotowym. Zamawiający w sposób pośredni zanegował dobre imię oraz doświadczenie Odwołującego, ale nie wskazał na tą okoliczność żadnego dowodu.

W tym miejscu Izba stwierdza także, że nie bez znaczenia jest kwestia tego, że: „*odnośnie dobra takiego jak dobre imię (goodwill), czy też doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), którego emanacją są referencje, bezsprzecznie stanowią one składnik majątku przedsiębiorstwa i mogą być zbyte razem z nim. Poprzez goodwill uważa się ogół niematerialnych składników przedsiębiorstwa, składających się na jego wartość rynkową. (...) Całokształt tych wyobrażeń (renoma - goodwill) stanowi dobro niematerialne, ucieleśnione bądź w funkcjonalnie zorganizowanym majątku służącym prowadzeniu działalności gospodarczej w formie przedsiębiorstwa, bądź w osobistych przymiotach osoby wykonującej wolny zawód. (S. Bogusław, Klientela - Przedsiębiorstwo - Wolny zawód, Rejent 1995.1.124). Według Słownika języka polskiego pod red. prof. J. Szymczaka renoma to "opinia, sława, rozgłos, wziętość" a renomowany to "cieszący się uznaniem, znany z dobrej strony, wzięty". Takie rozumienie pojęcia renomy wskazuje na to, że nie stanowi ona samodzielnego bytu (składnika) lecz jest związana w sposób nierozdzielny z danym przedsiębiorstwem i może być zbyta tylko łącznie z nim lub z jego częścią. (Wyrok z dnia 20.06.2006 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt. II FSK 839/2005). Odnosnie zaliczania renomy (klienteli, goodwill) oraz umiejętności (doświadczenia) handlowego do innych składników przedsiębiorstwa jako korzystnych sytuacji faktycznych oraz innych wartości ekonomicznych obok posiadania rzeczy, informacji dotyczących rynku, tajemnicy produkcji i systemu organizacyjnego wypowiadało się wielokrotnie piśmiennictwo (Z. Radwański Prawo cywilne, s. 115; T. Dybowski, Ochrona własności, s. 43)". (wyrok KIO z dnia 22.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 99/08).*

Argumentacja co do charakteru spółki działającej jako lider całego Konsorcjum jest w ocenie Izby nietrafna, a niniejszy błędny charakter wynika z samej istoty konsorcjum i celu, jakiemu służy oraz doświadczenia, które ma charakter łączny dla wszystkich jego członków.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy cena zawarta w ofercie nie stanowi ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała za zasadny.

Izba wskazuje, że wielokrotnie orzecznictwo KIO jak i sądowe wskazywało, że: „*Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie*”. (Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08), jak i KIO (wyrok KIO z dnia 13.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09), że: „*Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Pzp. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 ("Transporoute") i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 ("Fratelli Costanzo"))*”.

Skład orzekający Izby podziela w pełni wyrażone powyżej stanowisko, zwraca jednak uwagę na konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej (wyrok KIO z dnia 24.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09). Nie wolno bowiem zapominać, że: „*zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy*

przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” (wyroku KIO z dnia 13.03.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

W przedmiotowym postępowaniu zaoferowana cena brutto 4.149.999,58 PLN, przy założeniu odniesienia do wartości szacunkowej 10.000.000,- PLN (12.200.000,- PLN kwota jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający na finansowanie zamówienia) bezsprzecznie kwalifikowała się do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Jednakże Izba stwierdza, że działanie Zamawiającego, który urealnił *de facto* wartość zamówienia, a ściślej ustalając na bazie kalkulacji własnej dopuszczalną w jego mniemaniu wartość minimalną, za którą wykonanie zamówienia jest rentowne dla potrzeb analizy złożonych ofert było niekonsekwentne. W tym miejscu, Izba wskazuje, że takie działanie jak wskazane było już przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. W wyroku z dnia 19.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 712/09, Izba wskazywała na konieczność takiego jak miało miejsce w przedmiotowym odwołaniu urealnienia dla potrzeb oceny złożonych ofert wartości zamówienia. Propozycje ofertowe cen w przedmiotowym postępowaniu wskazują na duże rozbieżności cen na wykonanie usług projektowych oraz na konieczność i specyfikę wykonywania usług projektowych. Zasadnym było więc w przedmiotowym postępowaniu przyjęcie jako punktu odniesienia wartości urealnionej zamówienia. Rozrzut cenowy w postępowaniach, którego przedmiotem jest wykonywaniem usług projektowych jest w ocenie Izby typowy, dlatego też Izba uznała za wiarygodne zestawienie porównawcze cen ofertowych w postępowaniach na udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie modernizacji infrastruktury tramwajowej złożone przez Odwołującego. Odnośnie analizy porównawczej wyników 3 rozstrzygniętych przetargów o podobnym charakterze do przetargu na: *„Budowę linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońska, Lewińskiego, Akademicka i Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej: „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy”* celem szacunkowego ustalenia ceny rynkowej w/w przetargu złożonej przez Zamawiającego w dniu 26.10.2009 r., Izba stwierdza, że nie neguje różnic w wykazywanych przedmiotach zamówienia, jak i względem zamówienia będącego przedmiotem odwołania. Jednakże, w ocenie Izby, ich podobny charakter jest niezaprzeczalny, zaś w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko o niestnieniu tożsamyh, czyli takich samych zamówień. Poza tym tzw. wskaźniki pracochłonności zostały przywołane przez Zamawiającego dla potrzeb przedłożonego opracowania i nie mają oparcia w SIWZ, a zwłaszcza w pkt. 18. 2 SIWZ.

Izba ponownie podkreśla specyfikę zamówienia, albowiem należy odnieść: *„zaoferowane ceny także do rzeczywistych cen rynkowych. (Zaś) Branża usług projektowych charakteryzuje się dużą dozą konkurencyjności i niewskazane jest zakładanie z góry nierzetelnego oszacowania ceny ofertowej. Potwierdzają to m.in. publikacje fachowe, z których wynika, iż wskaźnik zróżnicowania cen zaoferowanych może sięgać nawet 30%*

(A. Borowicz: *„Zamówienia Publiczne w procesie inwestycyjno-budowlanym i gospodarce nieruchomościami”*, Łódź 2005, str. 94)”. (wyrok KIO z dnia 11.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 273/08), jak i w przeważającej części „*niemateriałowy*” charakter usługi, który może, w ocenie składu orzekającego Izby, zwiększać trudności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, zaś wykonawcom dawać większą swobodę przy kalkulacji ceny oferty. W tym kontekście wszelka argumentacja Zamawiającego łącząca cenę rażąco niską z wynagrodzeniem wynikającym z charakteru umowy, wobec „*niemateriałowego*” charakteru usługi Izba uznaje za bezpodstawną.

Dodatkowo Izba wskazuje, że nie uznaje argumentacji Zamawiającego odnośnie braków określonych elementów kalkulacyjnych składających się na przedmiot zamówienia w przedstawionej do wyjaśnień kalkulacji, w szczególności wymaganych specjalistów, tj. 6 projektantów (str. 3 wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania złożonego na rozprawie w dniu 26.10.2009 r.). W tym zakresie należy przywołać argumentację przedstawioną powyżej odnośnie braku określenia poziomu szczegółowości wymaganej kalkulacji oraz wskazać ryczałtowy charakter zaoferowanej ceny. Powyższe należy także odnieść do polemicznego stanowiska pomiędzy stronami względem poz. 8 i 9 kalkulacji złożonej wraz z wyjaśnieniami.

W zakresie ceny rażąco niskiej Izba wskazuje także na stanowisko doktryny, która stwierdza, że *„(..) Nie można (..) postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską, a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przejściowe oferowanie cen*

poniżej kosztów wytworzenia może być w konkretnej sytuacji podyktowane racjonalną strategią gospodarczą, w szczególności gdy dany wykonawca dopiero pojawia się w danym segmencie rynku lub wprowadza nowy produkt. W przepisie chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla Wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego – niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie. (...)”. (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, s.452-453).

Z całokształtu argumentacji Zamawiającego, przedstawionej na obu rozprawach, jak i analizy złożonych ofert przygotowanej dla potrzeb Komisji Przetargowej Zamawiającego z dnia 13.08.2009 r. złożonej przez Odwołującego wynika, że Zamawiający mając na względzie, że przedmiotowe postępowanie jest częścią większego przedsięwzięcia finansowanego ze środków unijnych (Zamawiający wyraźnie wskazał niniejsze w obu złożonych pisemnych wnioskach o oddalenie złożonych na obu rozprawach), żywił obawy: „*co do uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie*”. W ocenie Izby jednakże takie stanowisko, po analizie całokształtu materiału dowodowego oraz stanowisk stron i Przystępującego, nie znajduje potwierdzenia w przedmiotowym stanie faktycznym.

Na zakończenie stanowiska Izby w zakresie przedmiotowego zarzutu należy podkreślić lokalny charakter Odwołującego. Różnica cenowa w jego ofercie, jak i innego Wykonawcy o takim charakterze, trafność niniejszej tezy potwierdza. Niniejsze jest nadzwyczaj sprzyjającym warunkiem wykonywania zamówienia dostępnym dla Wykonawcy, który nie jest dostępny dla szerokiego kręgu przedsiębiorców. Zamawiający wskazywał, przywołując zapisy SIWZ, że duża część przedmiotu zamówienia może być realizowana z oddali, a ciągły pobyt na miejscu nie jest niezbędny zgodnie z pkt 3.8.2, z którego wynika, iż sprawozdania z postępowania prac mają być składane co 2 miesiące podczas narad. Izba przeanalizowała wzór umowy i w ocenie Izby ilość bieżących konsultacji, uzgodnień, nieformalnych narad i ustaleń jest tego rodzaju (np. § 5 ust. 3, 7, § 6 ust. 6, 8 pkt 1-2,4 lit. a – b wzoru umowy, czy też konieczne uzgodnienia z podmiotami trzecimi w ramach realizacji zamówienia), że argumentacja Zamawiającego nie odpowiada stanowi rzeczywiście i odnosi się tylko i wyłącznie do pewnego etapu finalnego. Znajomość lokalnych uwarunkowań także nie jest bez znaczenia dla płynności i konieczności wielotorowego realizowania przedmiotowego zamówienia. Powyższe stanowisko znajduje także uzasadnienia w załączonych do odwołania Środowiskowych Zasadach Wyceny Prac Projektowych (ŚZWPP) str. 96-97, które w sposób wymierny w przywołanym fragmencie ukazują wpływ na koszty Wykonawcy realizującego zamówienie z oddali kosztów dojazdu. Powyższe ma charakter pomocniczy, gdyż przeważające w tym zakresie mają zapisy SIWZ, wynikająca ze złożonych ofert różnica w cenach Wykonawców lokalnych.

Na marginesie Izba stwierdza, że inny Wykonawca, którego oferta została odrzucona z tych samych powodów złożył protest, ale nie wniósł odwołania, więc poprzez zaniechanie wniesienia odwołania zrezygnował z zachowania statusu uczestnika przedmiotowego postępowania. Argumentacja Zamawiającego w tym zakresie jest w ocenie Izby niespójna, gdyż z jednej strony w swoich pismach procesowych konsekwentnie nie bierze on pod uwagę zaofferowanej przez tego Wykonawcę ceny w analizie złożonych cen ofertowych, z drugiej strony akcentuje domniemane naruszenie art. 7 Pzp w wypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę. Zamawiający zapomina, że tak oferta Odwołującego, jak i przywołanego Wykonawcy zostały odrzucone na tej samej podstawie prawnej i faktycznej. Argumentacja innego Wykonawcy (PxM Projekt Południe) była zbieżna z argumentacją Odwołującego, w szczególności w odwoływaniu się do „*podobnych zamówień*”. Poza tym, tak jak suwerenną decyzją każdego z Wykonawców jest złożenie oferty w danym postępowaniu, tak i suwerenną decyzją każdego z Wykonawców jest zrezygnowanie ze statusu uczestnika postępowania i pogodzenie się z decyzją o odrzuceniu jego oferty.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez powoływanie się przy cenie ofert na regulację stanowiącą podstawę i jedną z metod ustalania cen na prace projektowe (ŚZWPP), podczas gdy obowiązek stosowania ww. metod i regulacji nie został wprowadzony do SIWZ, Izba niniejszy zarzut pozostawiła bez rozpatrzenia z uwagi na przepis art. 191 ust. 3 Pzp, uznając że nie był on zawarty w proteście. Z tych względów także Izba nie brała pod uwagę złożonego przez

Odwołującego pisma z dnia 08.10.2009 r. Izby Projektowania Budowlanego. Podobnie Izba nie odniosła się do argumentacji odnośnie trafności dokonanego oszacowania wartości zamówienia i zastosowanych jednostek nakładu pracy. Zarzut w tym zakresie był spóźniony. Z zastrzeżeniem wcześniejszej argumentacji związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak również art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, czy też art. 91 Pzp z uwagi na potwierdzenie się zarzutów naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Izba uznała niniejsze zarzuty za zasadne.

Izba w kontekście niniejszych zarzutów wskazuje, że w odniesieniu do aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dotyczącej członka Zarządu w dniu składania ofert Lidera Konsorcjum Pani Lidii W. należy podkreślić, że procedura wynikająca z art. 26 ust. 3 Pzp winna zostać przeprowadzona z uwzględnieniem następujących okoliczności. W odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego, należy stwierdzić, że na podstawie obowiązujących przepisów prawa, nie jest możliwe wystawienie zaświadczenia potwierdzającego spełniania warunków określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp w dniu wcześniejszym niż dzień wystawienia zaświadczenia. Informacja z KRK wystawiona z datą bieżącą potwierdza spełnianie warunku określonego w Pzp w dniu jej wystawienia, a nie w dniu składania ofert, nawet jeżeli informacje w niej zawarte są tożsame z informacjami, jakie byłyby zawarte w informacji z KRK wystawionej z datą wcześniejszą niż data składania ofert. Dokument wystawiony z datą późniejszą nie spełnia więc wymogów określonych w art. 26 ust. 3 Pzp. (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 22.02.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-471/06, czy też Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-298/07). Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Izbę po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), wprowadzającej nowe brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp. Z art. 26 ust. 3 Pzp w nowym brzmieniu wynika, że złożone w wyniku uzupełniania oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków i wymagań Zamawiającego nie później niż w dniu upływu terminu składania wniosków lub ofert. (Wyrok KIO z dnia 11.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UPZ 229/09). Z powyższego wynika, że uzupełnione zaświadczenie, aby mogło być uznane przez

Zamawiającego winno być zaświadczeniem wystawionym nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminem składania ofert.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....