

WYROK
z dnia 18 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **7 marca 2011 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa oraz DB International GmbH Bornitzstr. 73-75, 10365 Berlin, Republika Federalna Niemiec**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Oddział w Krakowie, 31-157 Kraków, Pl. Matejki 12.**

Przy udziale wykonawcy – konsorcjum firm: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. (lider) ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa, Mott MacDonald Limited, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE, Wielka Brytania w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego się**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.
2. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy – **konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Firma Menadżersko Kolmen sp. z Robót Konsultingowa o.o.; Przedsiębiorstwo**

1

Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A.; Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe HURTKOL sp. z o.o.

3. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego: **Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa oraz DB International GmbH Bornitzstr. 73-75, 10365 Berlin, Republika Federalna Niemiec**,
4. Nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty.
5. Kosztami postępowania w kwocie **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Oddział w Krakowie, 31-157 Kraków, Pl. Matejki 12.**
6. Nakazuje zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczonego wpisu.
7. Zasądza od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Oddział w Krakowie, 31-157 Kraków, Pl. Matejki 12** na rzecz odwołującego: **Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa oraz DB International GmbH Bornitzstr. 73-75, 10365 Berlin, Republika Federalna Niemiec**, kwotę **16 000,00 zł.** (słownie: szesnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie

przetargu nieograniczonego na usługę pn. "Pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów," ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 5 października 2010 r. pod pozycją 2010/S 193- 294835, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2011 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę – konsorcjum firm: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. z Warszawy, DB International GmbH z siedzibą w Niemczech, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia o wynikach przetargu. Odwołujący podnosił, że pismem z dnia 25 lutego 2011 r. zamawiający zawiadomił oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A.; Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe HURTKOL sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. W dniu 2 marca 2011 r. zamawiający ponownie przesłał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. W piśmie tym stwierdził na wstępie, że ze względów formalnych anuluje pismo z dnia 25 lutego 2011 r. i powołując się na art. 92 ustawy Pzp powtórnie poinformował oferentów o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, pismem identycznej treści.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) przez niezgodne z przepisami tej ustawy czynności podjęte w toku postępowania o zamówienie publiczne polegające na:

1. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - konsorcjum firm w składzie: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe HURTKOL sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie.
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy - konsorcjum Kolmen, podlegającemu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp oraz w związku z art. 26 ust. 2b tej ustawy;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Kolmen na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp lub art. 90 ust. 3 tej ustawy;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Kolmen na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp;
5. odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp.
6. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

3

W związku z powyższym odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskutek tego, że zamawiający przyjął, iż wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne - konsorcjum Kolmen - może wykazać swoją zdolność do wykonania zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie zobowiązania osoby trzeciej - Centralnego Biura Projektowo Badawczego Budownictwa Kolejowego "Kolprojekt" sp. z o.o. z dnia 22 października 2010 r.;
2. naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez to, że zamawiający przyjął wyjaśnienia konsorcjum Kolmen odnośnie ceny za wystarczające i czyniące zadość wymogom art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp w związku z tym, że zamawiający przyjął, iż cena zaoferowana przez konsorcjum Kolmen nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp w związku z tym, że zamawiający przyjął, że treść oferty konsorcjum Kolmen odpowiada treści SIWZ w zakresie zapewnienia stałego personelu na budowie;
5. naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez to, że zamawiający w danych okolicznościach sprawy i przy poziomie cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców wezwał odwołującego do składania wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny nie mając ku temu żadnych podstaw;
6. naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez to, że zamawiający przyjął, że wyjaśnienia odwołującego złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie są wystarczające i nie czynią zadość wymogom art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp

w związku z tym, że zamawiający przyjął, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską oraz

7. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez uchybienie zasadom równego traktowania wykonawców.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - konsorcjum Kolmen,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert i wykluczenia wykonawcy - konsorcjum Kolmen w związku z tym, że wykonawca ten nie wykazał zdolności do wykonania zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia lub, w przypadku, gdy w ocenie KIO żądanie nakazania zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ustęp 1

4

punkt 2 ustawy jest nieuzasadnione,

- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum Kolmen na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bądź w przypadku stwierdzenia sprzeczności z treścią SIWZ - nakazanie odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp;
- 4) w związku z nakazaniem dokonania ponownego badania i oceny ofert - nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1. oferty konsorcjum Kolmen wraz z załączonymi dokumentami i oświadczeniami;
2. oferty odwołującego wraz z załączonymi dokumentami i oświadczeniami;
3. wyjaśnień konsorcjum Kolemien z dnia 17 stycznia 2011 r. - w aktach sprawy postępowania przetargowego;
4. wyjaśnień odwołującego z dnia 12 stycznia 2011 r. - w aktach sprawy postępowania przetargowego;
5. zeznań zamawiającego i odwołującego na rozprawie przed KIO.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał co następuje.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp. oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W pismach z dnia 4 stycznia 2011 r. i załączonego do tego pisma - pisma z dnia 3 stycznia 2011 r. konsorcjum Kolmen przyznaje, że w zakresie wiedzy i doświadczenia polegać będzie na zasobach udostępnionych na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez spółkę Kolprojekt. Konsorcjum Kolmen potwierdza również, że spółka Kolprojekt złożyła wniosek o ogłoszenie upadłości, utrzymuje jednak, że okoliczność złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości nie ma znaczenia dla przedmiotowego postępowania, ponieważ ewentualne ogłoszenie upadłości może stanowić przesłankę wykluczenia oferenta a nie podwykonawcy.

Odwołujący podnosił, że w powyższych okolicznościach konsorcjum Kolmen powinno zostać wykluczone z postępowania o zamówienie publiczne na zasadzie art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem KIO dotyczącym wykładni art. 26 ustęp 2b ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 13 lipca 2010 r. sygn. KIO 1288/10; wyrok KIO z dnia 14 lipca 2011 r. sygn. KIO/UZP 1333/10) zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym,

5

wynikające ze specyfiki tego zasobu. W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez bezpośredniego zaangażowania tego podmiotu w wykonanie

zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Odwołujący wskazywał, że takie samo stanowisko zawarte jest również w opiniach Urzędu Zamówień Publicznych opublikowanych na stronach internetowych Urzędu pod tytułem: "Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia" oraz "Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu." Zarówno z orzecznictwa KIO jak i z wyżej powołanych opinii wynika, że udostępnienie zasobów trzeciego przedsiębiorcy musi nastąpić na okres wykonywania zamówienia. W przypadku, gdy przedsiębiorca zobowiązujący się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, składa wniosek o ogłoszenie upadłości, nie można przyjąć, że takie oświadczenie odpowiada prawdzie. Przedsiębiorca składający własny wniosek o ogłoszenie upadłości, niezależnie od tego, czy wniosek dotyczy upadłości likwidacyjnej lub z możliwością zawarcia układu, nie może dać gwarancji, że przez cały okres wykonywania zamówienia przez konsorcjum Kolmen, pozostanie do jego dyspozycji. Złożenie wniosku własnego o upadłość wyraża zatem przekonanie własne tego przedsiębiorcy, że utracił zdolność prowadzenia działalności gospodarczej na warunkach rynkowych, i że prowadzenie przez niego dalszej działalności gospodarczej jest niemożliwe, że warunki prowadzenia tej działalności są nieprzewidywalne, a co najmniej utrudnione. Istota problemu sprowadza się zatem nie do tego, czy art. 24 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp będzie miał również zastosowanie do podwykonawcy (co jest bezsporne, że przepis ten nie ma zastosowania do podwykonawcy), lecz do tego, czy przedsiębiorca składający wniosek o ogłoszenie upadłości rzeczywiście może zobowiązać, że w całym okresie wykonywania zamówienia przez konsorcjum Kolmen pozostanie do jego dyspozycji. Powoływany przez konsorcjum Kolmen przepis ustawy - Prawo upadłościowe i

układowe, zgodnie z którym nieważne są zastrzeżenia umowne o rozwiązaniu umowy na wypadek ogłoszenia upadłości, nie daje gwarancji trwałości stosunku prawnego. O losach przedsiębiorstwa upadłego decyduje albo syndyk albo nadzorca, którym przysługuje prawo do wypowiedzenia umów zawartych przez upadłego. Również ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu nie daje gwarancji, że przedsiębiorca udostępniający swoje zasoby pozostanie przez cały okres wykonywania zamówienia do dyspozycji konsorcjum Kolmen. Nie ma bowiem pewności, że wierzyciele zgodzą się na warunki układu. Zdaniem odwołującego, zarówno z orzecznictwa KIO jak i z wyżej powołanych opinii wynika, że udostępnienie zasobów trzeciego przedsiębiorcy w zakresie wiedzy i doświadczenia musi mieć charakter rzeczywisty i przybrać formę współpracy np. podwykonawstwa, umowy doradczej lub innych umów.

Z oświadczenia Kolprojektu z dnia 22 października 2010 r. wynika, że Kolprojekt zobowiązuje się do zrealizowania części zamówienia określonego w SIWZ część II Opisu Przedmiotu Zamówienia, punkt 4.2 na podstawie umowy podwykonawczej. Z treści oferty konsorcjum Kolmen wynika, że wykonawca przewiduje włączenie podwykonawcy jedynie w zakresie nadzoru nad pracami geotechnicznymi oraz w zakresie przeglądu dokumentacji wyszczególnionej w punkcie 9 SIWZ cz. III OPZ. Natomiast z treści wyjaśnień z dnia 14 stycznia 2011 r. złożonych przez konsorcjum Kolmen w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na żądanie zamawiającego wynika, że wykonawca nie przewidział wykonywania części zamówienia przez podwykonawcę. Wyszczególnione części zamówienia wskazane w ofercie jako części przeznaczone do wykonania przez podwykonawcę zostały wycenione przez wykonawcę jako części zamówienia wykonywane przez własną kadrę wykonawcy. Wynika to z treści oświadczenia zawartego w tym piśmie. Wykonawca stwierdza tam, że wyżej wymienione koszty kadry nie są zaniżone i odpowiadają minimalnym stawkom wynagrodzenia za pracę ustalonym

w obwieszczeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 lipca 2009 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace w roku 2010 r. W wyjaśnieniach mowa jest ponadto jedynie o ewentualności zaangażowania personelu, który nie będzie się rekrutował z zasobów własnych wykonawcy na podstawie umów cywilnoprawnych. Nie ma natomiast w ogóle mowy o zaangażowaniu podwykonawcy, zadeklarowanego w oświadczeniu Kolprojektu z dnia 22 października 2010 r. Z powyższego wynika zatem, zdaniem odwołującego, że treść oświadczenia Kolprojektu z dnia 22 października 2010 r. nie ma pokrycia w treści oferty (ponieważ podwykonawstwo nie zostało w ogóle uwzględnione w cenie) ani w treści wyjaśnień konsorcjum Kolmen dotyczących składników ceny, które to wyjaśnienia stały się podstawą wyboru oferty konsorcjum Kolmen jako oferty najkorzystniejszej. Zatem albo treść oświadczenia Kolprojektu z dnia 22 października 2010 nie odpowiada prawdzie albo nie są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy wyjaśnienia konsorcjum Kolmen zawarte w piśmie z dnia 14 stycznia 2011 r. W przypadku takiej rozbieżności dokument z dnia 22 października 2010 r. o udostępnieniu zasobów przez Kolprojekt nie może być podstawą przyjęcia, że wykonawca

7

konsorcjum Kolmen spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez to, że zamawiający przyjął, że wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Kolmen w dniu 14 stycznia 2011 r. odpowiadają wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp przez to, że zamawiający dokonał wyboru oferty z ceną rażąco niską.

Zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 7 stycznia 2011 r. wykonawca - konsorcjum Kolmen został wezwany do wyjaśnienia, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia; ponadto wyjaśnienie powinno wskazywać również, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący utrzymywał, że wyjaśnienia konsorcjum Kolmen nie czynią zadość wezwaniu zamawiającego, z następujących przyczyn.

Wyjaśnienia konsorcjum Kolmen zawierają szczegółowe zestawienie kosztów realizacji zamówienia. W wyjaśnieniach tych brak wskazania, jakie zaistniały okoliczności obiektywne lub okoliczności szczególne dla wykonania zamówienia, które wpłynęły na wysokość ceny. W szczególności brak jest: odniesienia się do podwykonawcy lub do podwykonawców, których zaangażowanie wykonawca przewidział przedkładając oświadczenia Kolprojekt z dnia 22 października 2010 r. Wykonawca nie wskazał, że wynegocjował na etapie przetargu szczególnie korzystne warunki umowy lub umów podwykonawczych; koszty podwykonawcy nie są w ogóle ujęte w wyjaśnieniach; brak jest wskazania, że realizacja zamówienia będzie finansowana ze środków własnych wykonawcy bez potrzeby zaciągania zobowiązań kredytowych, co byłoby okolicznością wpływającą na poziom zaoferowanej ceny; brak jest wskazania, że wykonawca zastosuje nowatorskie techniki organizacji i zatrudni wysoko wykwalifikowaną kadrę techniczną - menadżerską, co wpłynęłoby na sposób i szybkość wykonania usługi. Wyjaśnienia wykonawcy to ograniczenie się jedynie do wyszczególnienia cen jednostkowych, w przeważającym zakresie - obejmujących koszty zatrudnienia personelu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (np. wyrok z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1479/10 i KIO/UZP 1489/10) obowiązkiem wykonawcy wezwanego do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest złożenie wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Do tychże elementów nie sposób zaliczyć cen częściowych lub danych arytmetycznych stanowiących podstawę wyliczenia ceny wynikowej. Samo rozbieżności zaoferowanego wynagrodzenia na bardziej szczegółowe kwoty nie umożliwia ustalenia, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską. Wynika to z faktu, iż zarzut ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej, nie zaś do jej poszczególnych składników. Elementami oferty mającymi wpływ na wysokość ceny są pozaarytmetyczne elementy treści

8

oferty, takie jak wymienione w sposób przykładowy w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, do których można również zaliczyć: panujące warunki makro i mikroekonomiczne, strukturę organizacyjną wykonawcy, zastosowane metody zarządzania, udział podwykonawców na wynegocjowanych

korzystnych warunkach itp. Tymczasem konsorcjum Kolmen nie przedstawiło tych elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny, w zakresie odpowiadającym wskazaniom w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołujący negował złożone wyjaśnienia, jako niewystarczające, w zakresie celu, jakiemu mają służyć i nieodpowiadające wymogom ustawy Pzp.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp:

Odnosząc się do szczegółów oferty i szczegółów kalkulacji ceny zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum Kolmen z dnia 14 stycznia 2011 r. odwołujący podnosił co następuje:

1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt 5.1.1. (stały zespół inżyniera) przewidywała zatrudnienie personelu stałego - inżyniera rezydenta na każdym z sześciu odcinków.

Oferta złożona przez konsorcjum Kolmen sp. z o.o. przewiduje zatrudnienie:

I odcinek: czas realizacji 38 miesięcy x 22 dni robocze = 836 dni. Oferent przewiduje zatrudnienie inżyniera rezydenta na tym odcinku przez okres 800 dni,

II odcinek: czas realizacji 49 miesięcy x 22 dni robocze = 1078 dni. Oferent przewiduje zatrudnienie inżyniera rezydenta na tym odcinku przez okres 960 dni,

III odcinek: czas realizacji 49 miesięcy x 22 dni robocze = 1078 dni. Oferent przewiduje zatrudnienie inżyniera rezydenta na tym odcinku przez okres 160 dni,

IV odcinek: czas realizacji 46 miesięcy x 22 dni robocze = 1012 dni. Oferent przewiduje zatrudnienie inżyniera rezydenta na tym odcinku przez okres 760 dni,

V odcinek: czas realizacji 34 miesiące x 22 dni robocze = 748 dni. Oferent przewiduje zatrudnienie inżyniera rezydenta na tym odcinku przez okres 160 dni.

VI odcinek: czas realizacji 46 miesięcy x 22 dni robocze = 1012 dni. Oferent przewiduje zatrudnienie inżyniera rezydenta na tym odcinku przez okres 700 dni. Łącznie czas zatrudnienia inżyniera rezydenta, biorąc pod uwagę czas trwania budowy poszczególnych odcinków, powinien zatem wynosić 5764 dni. Oferent ma zamiar zatrudniać inżyniera rezydenta przez okres 3540 dni. Różnica: 2224 dni. Przyjmując zaniżoną przez oferenta stawkę w wysokości 460,00 zł. za jeden dzień pracy inżyniera rezydenta, oferta została zaniżona, jak twierdził odwołujący, w tym zakresie co najmniej o kwotę 1 023 040,00 zł.

2. Oferent przewiduje zatrudnienie inżyniera projektu na 6 odcinkach łącznie 2320 osobodni za wynagrodzeniem łącznym 1 199 680,00 zł. Średnie wynagrodzenie inżyniera projektu wyniesie

9

zatem 517,10 zł. za jeden dzień, to jest za jeden miesiąc 11 376,27 zł. odwołujący wywodził, iż płacąc takie wynagrodzenie oferent nie jest w stanie zapewnić inżyniera projektu zapewniającego należyty nadzór na realizacją projektu. Będzie to osoba bądź zatrudniona dodatkowo, wykonująca równolegle również zadania przy innym kontrakcie lub zatrudniona w niepełnym wymiarze czasu pracy, co uniemożliwi należyty nadzór nad realizacją projektu. Biorąc pod uwagę czas trwania projektu (49 miesięcy x 22= 1078 osobodni) wynagrodzenie inżyniera projektu powinno wynosić co najmniej 644 644,00 zł. Wynagrodzenie inżyniera projektu zostało zatem zaniżone co najmniej o kwotę 70 544,00 zł.

3. W ofercie konsorcjum reprezentowanym przez Kolmen sp. z o.o. przewidziane zostało zatrudnienie jednego specjalisty do spraw obmiarowo -rozliczeniowych (6 odcinków) - łącznie 1380 dni, z wynagrodzeniem 444 360,00 zł. (322,00 zł./godz.). OPZ pkt 5.1.1. wymaga zatrudnienia w zespole stałym 2 specjalistów do spraw obmiarowo - rozliczeniowych. Koszt w takim wypadku wynosi 888 720,00 zł. Wynagrodzenie zostało zaniżone w tym zakresie o kwotę 444 360,00 zł.

4. W ofercie konsorcjum reprezentowanym przez Kolmen sp. z o.o. nie został przewidziany koszt zatrudnienia inżyniera - kierownika przeglądu dokumentacji na odcinkach: Biadolino - Tarnów i Dębica Sędziszów Małopolski. Koszt zatrudnienia 2 pracowników o takich kwalifikacjach pracownika wynosi co najmniej 161 184,00 zł.

5. W ofercie konsorcjum Kolmen sp. z o.o. przewidziane zostało korzystanie z 28 telefonów. Przy tym stanie zatrudnienia konieczne jest używania co najmniej 42 telefonów (po 7 na jeden odcinek). Koszt jednego telefonu to 50,00 zł. miesięcznie.

Według wycień odwołującego, cena wybranej oferty została zatem zaniżona co najmniej o 29 400,00 zł. (28 telefonów x 50,00 zł. miesięcznie x 42 miesiące = 58 800,00 zł., rzeczywisty koszt

(42 telefony x 50,00 zł. miesięcznie x 42 miesiące = 88 200,00 zł.).

6. Wg oferty konsorcjum Kolmen na jeden komputer przypada 4,5 osoby (26 osób x 6 odcinków = 126 osób), niespełna 5 na jeden odcinek. Taki stan rzecz nie jest możliwy do zaakceptowania. Konieczne jest zapewnienie co najmniej 72 komputerów, po 12 na każdy odcinek. Koszt zakupu komputerów: $72 \times 2\,500,00 \text{ zł} = 180\,000,00 \text{ zł}$, koszt zakupu oprogramowania $72 \times 1\,000,00 \text{ zł} = 72\,000,00 \text{ zł}$, łączny koszt 252 000,00 zł. Przewidziano koszt w wysokości 70 000,00 zł. Zaniżenie oferty o kwotę 182 000,00 zł.

7. Konsorcjum reprezentowane przez Kolmen sp. z o.o. zaniżyło też koszt transportu. Przy użyciu 4 samochodów przewidziano wydatek rzędu 166 080,00 zł., (przy założeniu że samochody będą średnio używane przez 42 miesiące) to jest 41 520,00 zł. na jeden samochód, co daje koszt miesięczny na jeden samochód 988,57 zł. Rzeczywiste koszty transportu wyniosą co najmniej 539 759,22 zł. wg następującego wyliczenia:
co najmniej 2 samochody na odcinek (inżynier rezydent, jeden dla inspektorów) x 6 odcinków = 12 samochodów + 1 samochód dla inżyniera projektu = 13 samochodów x 42 miesiące x

10

miesięczny koszt 988,57 jednego samochodu = 539 759,22 zł. Wzrost kosztów z tego tytułu wyniesie 373 679,22,00 zł. Odwołujący podnosił, iż do tego doliczyć także należy większe koszty paliwa. Przy trasie 138,9 km na każdym odcinku przejazd dzienny 25 km (12,5 km tam i 12,5 km z powrotem), łącznie 25 km. x 13 samochodów = 75 km dzienny przebieg x 6 odcinków = 450 km dziennie. Należałoby doliczyć również przejazdy z miejsca zakwaterowania do miejsca pracy. Oferent prognozuje jedynie 280 km dziennie. Zakładając koszt ok. 0,37 zł. na jeden kilometr ($7,5 \frac{1}{100} \text{ km}$ przy cenie ok. 5,00 zł za jeden litr paliwa) wzrost kosztów z tytułu zaniżonego przebiegu wynosi: 4 samochody x 42 miesiące x 22 dni x 280 km x 0,37 zł. = 382 905,60 zł. Rzeczywisty koszt: 13 samochodów x 42 miesiące x 22 x 450 km x 0,37 zł. = 1 999 998,00 zł. Zaniżenie ceny o kwotę 1 617 092,40 zł.

Zdaniem odwołującego, wyliczenia jakich dokonał, wykazują że konsorcjum Kolmen nie przewidziało w ofercie zapewnienia stałego personelu inżyniera przez cały okres trwania budowy. Oznacza to, że treść oferty jest sprzeczna z SIWZ w punkcie 5.1.1.

IV. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez to, że zamawiający przyjął, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w dniu 12 stycznia 2011 r. nie odpowiadają wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp przez to, że zamawiający uznał, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską.

Odwołujący przyznał, że pismem z dnia 7 stycznia 2011 r. został wezwany do złożenia wyjaśnienia odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący miał wskazać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia; ponadto miał wskazać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 12 stycznia 2011 r. odwołujący wskazał:

1) W zakresie przesłanki - oszczędność metody wykonania zamówienia - podstawowe znaczenie dla ukształtowania wysokości ceny mają: posiadanie sieci własnych biur oraz dostęp do szerokopasmowej sieci teleinformatycznej; posiadanie wysoko wykwalifikowanej kadry pracowników i współpracowników; wynegocjowanie korzystnych warunków płacowych zapewniających ze strony współpracowników stałość zatrudnienia przez cały okres realizacji zamówienia; obniżenie kosztów zaplecza, transportu i łączności przez zawieranie umów leasingowych na większą ilość zapleczy kontenerowych i środków transportu w związku z tym, że odwołujący jednocześnie realizuje równolegle kilka przedsięwzięć w ramach zamówień publicznych (w taki sposób zapewniony jest również stały dostęp do tych środków); możliwość bezpłatnych rozmów telefonicznych w zakresie wewnętrznej sieci komórkowej.

2) W zakresie przesłanki - wybrane rozwiązania techniczne - podstawowe znaczenie dla

11

ukształtowania wysokości ceny mają: oparcie metody wykonania przedmiotu zamówienia na własnym, sporządzonym przez odwołującego opracowaniu - Organizacja i Metodologia Nadzoru Inwestorskiego, które jest wynikiem wieloletniego doświadczenia w zakresie nadzoru

inwestorskiego nad wykonywaniem inwestycji kolejowych, przykładowo nazwanych w piśmie zawierającym wyjaśnienia.

3) W zakresie przesłanki - wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy - podstawowe znaczenie dla ukształtowania wysokości ceny mają: możliwość kalkulacji zysku skonsolidowanego w związku z równoległą realizacją kilku zadań z zakresu zamówień publicznych (aktualnie realizowanych jest 19 kontraktów nadzoru). Ponadto odwołujący wskazał sposób wyliczenia ceny biorąc za podstawę wartość robót budowlanych, których wykonanie będzie podlegać nadzorowi ze strony odwołującego. Tak obliczona cena stanowi procent wartości robót odpowiadający co do wysokości stawkom rynkowym. W świetle powyższego zdaniem odwołującego, należy przyjąć, że wykazał on wszystkie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny oferty, a tym samym uczynił zadość obowiązкови wynikającemu z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Nie było zatem podstaw do odrzucenia oferty, bowiem zamawiający nie żądał szczegółowej kalkulacji ceny lecz jedynie wskazania, jakie czynniki mają wpływ na cenę.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: Zgodnie z orzecznictwem KIO (wyrok z dnia 11 maja 2010 r., sygn. KIO/UZP 661/10) punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT;
- ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

Z punktu widzenia wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego w sposób należyty (wartość ta wynosi kwotę 222 449 334,40 zł brutto). Każda z cen zaoferowanych przez wykonawców, których oferty zostały bądź odrzucone lub którzy zostali z postępowania wykluczeni powinna być potraktowana jako cena rażąco niska. Wszystkie ceny stanowią od około 5% (cena 16 469 024,00 zaoferowana przez konsorcjum ECM) przez około 10% (cena 23 453 894,88 zł. zaoferowane przez konsorcjum Kolmen) do około 27% (cena 52 913 420,43 zł. zaoferowana przez odwołującego) wartości zamówienia obliczonej przez zamawiającego. Oznaczać to może, że albo pomylili się wszyscy oferenci albo pomylił się zamawiający, ponieważ żadna z zaoferowanych cen nie stanowi nawet 50% wartości zamówienia. Z punktu widzenia cen zaoferowanych przez innych wykonawców, odwołujący utrzymywał, że żadna cena nie stanowi ceny rażąco niskiej za wyjątkiem ceny zaoferowanej przez konsorcjum firm ECM, które zaoferowało cenę w przedziale do 20 000 000,00 zł., i którego oferta została odrzucona jako sprzeczna z treścią SIWZ. Pozostałe oferty, poza ofertą odwołującego,

12

zawierają ceny zbliżone do siebie w przedziale średnio od 25 000 000,00 zł do 35 000 000,00 zł. Na tej podstawie według oceny odwołującego, można przyjąć, że średnia zaoferowana cena wynosi około 30 000 000,00 zł. W związku z powyższym zamawiający nie miał podstaw do żądania od odwołującego złożenia wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny, ponieważ cena ta jest wyższa niż średnia cena zaoferowana przez pozostałych wykonawców a nadto jest ceną dwukrotnie wyższą niż cena uznana za cenę najkorzystniejszą. Działanie zamawiającego jest zatem działaniem wewnątrznie sprzecznym, nielogicznym, wykazującym cechy działania naruszającego zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający - wybierając jako ofertę najkorzystniejszą - ofertę o cenie dwukrotnie niższej niż cena ofert odwołującego, nie mógł przyjąć, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską.

Pismem z dnia 15 marca 2011 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Zdaniem zamawiającego, zarzut przeciwko ocenie wyjaśnień odwołującego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty nie został przedstawiony i umotywowany w przekonujący sposób. Zamawiający stwierdził, iż treść złożonych wyjaśnień, nie dawała możliwości ich uwzględnienia i wyeliminowania podejrzeń rażąco niskiej ceny oferty w wyniku porównania z wartością szacunkową zamówienia. Zamawiający przyznał, że z powodu różnicy cen w porównaniu do oszacowanej wartości zamówienia wystąpił do wszystkich wykonawców o wyjaśnienia cen ich ofert. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie skorzystał z szansy na przedstawienie prawidłowych wyjaśnień. Natomiast podnoszoną bezpodstawność skorzystania przez zamawiającego z procedury określonej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, uznał za spóźnioną,

gdyż wezwanie miało miejsce w dniu 7 stycznia 2011 r. Zamawiający utrzymywał, iż wyjaśnienia były ogólnikowe nie poparte wyliczeniami. Podniósł też nowy zarzut, że odwołujący wykazał doświadczenie głównie w zakresie nadzorów nad robotami drogowymi. Podnosił, iż w tym sensie również doświadczenie partnera konsorcjum odwołującego firmy niemieckiej DB International GmbH nie mogło być uznane za wystarczające w zakresie dotyczącym kosztów realizacji kontraktów kolejowych. Zamawiający nie ma ponadto wiedzy, jak tego rodzaju koszty kształtują nie poza granicami RP. Wyjaśnienia nie podawały informacji na temat ilości poszczególnych specjalistów w odpowiednich okresach realizacji kontraktu. Zamawiający wyszczególnił urządzenia infrastruktury technicznej w ramach przebudowy/budowy ponad 138 km linii kolejowej dwutorowej. Odwołujący, w ocenie zamawiającego, nie podał jakich specjalistów z poszczególnych branż zatrudni oraz nie przedstawił kalkulacji związanych z tym kosztów.

Za zbyt ogólnikowe i niewiarygodne uznał zamawiający, powołanie się w udzielonych wyjaśnieniach na:

13

1. sieć własnych biur z dostępem do sieci teleinformatycznej;
2. wysoko wykwalifikowaną kadrę;
3. wynegocjowane korzystne warunki płacowe;
 - z uwagi na wspomniane wyżej doświadczenie wykonawcy, głównie w nadzorowaniu robót drogowych,
4. obniżone koszty zaplecza, transportu, łączności z uwagi na równoległą realizację innych kontraktów, gdyż wykonawca nie podał miejsca ich lokalizacji. Nie przedstawił kalkulacji w tym zakresie.

5. Możliwość bezpłatnych rozmów w wewnętrznej sieci komórkowej, stanowi standardowe rozwiązanie stosowane przez firmy.

Zamawiający zaznaczył, iż nie jest dla niego do przyjęcia argument odwołującego, że gwarancją rzetelności wyceny jest wysokość ceny oferty. Przyznał, że najważniejszym czynnikiem jest doświadczenie, wiedza, racjonalizacja wydatków, a odwołujący nie przedstawił na tą okoliczność żadnych mierzalnych dowodów.

W pozostałym zakresie zamawiający podzielił stanowisko konsorcjum Kolmen. Podkreślił, iż wobec umorzenia postępowania upadłościowego względem Spółki Kolprojekt wszelkie rozważania, czy wątpliwości, co do możliwości podzielenia się przez tą spółkę doświadczeniem są obecnie bezprzedmiotowe, przynajmniej na gruncie normatywnym. Zaznaczył, że żaden przepis ani też specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zakazywała korzystania z doświadczenia podmiotu, który złożył wniosek o ogłoszenie upadłości a następnie go wycofał. Zamawiający argumentował, iż mimo, że wybrany wykonawca konsorcjum Kolmen złożył ofertę z ceną niższą niż odwołujący, to potrafił tą cenę w sposób racjonalny i przekonujący uzasadnić, wyjaśniając wszystkie wskazane elementy ceny ofertowej, w zakresie istnienia czynników obiektywnych wpływających na cenę zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, co pozwoliło na uznanie, iż w stosunku do oferty wybranej zarzut rażąco niskiej ceny nie potwierdził się.

Nadto zamawiający wniósł opozycję przeciwko przystąpieniu do odwołania konsorcjum Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. (lider), Mott MacDonald Limited, wskazując, iż w obecnym stanie sprawy konsorcjum to nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, bądź jego twierdzenia w tym zakresie są sprzeczne z twierdzeniami odwołującego, po której to stronie przysępuje.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 marca 2011 r. do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie odwołującego w dniu 11 marca 2011 r. wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie - konsorcjum firm: Mott MacDonald Polska Sp. z o. o.

14

(lider), Mott MacDonald Limited, Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, wykazując swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla odwołującego w zakresie żądania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy Kolmen. Kopia przystąpienia została przesłana stronom postępowania

jak stanowi art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, co wykazano potwierdzeniem pocztowym nadania przesyłki poleconej.

Izba nie uwzględniła zarzutu, iż przystępujący nie wykazał umocowania osób składających przystąpienie do działania w imieniu konsorcjum Mott MacDonald. Przystąpienie to zostało podpisane przez osoby umocowane do działania w imieniu konsorcjum Mott MacDonald zgodnie z pełnomocnictwem udzielonym liderowi oraz sposobem reprezentacji lidera Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. ujawnionym w KRS nr 47427 tj. przez prokurenta p. M. Bątruk działającego łącznie z członkiem zarządu. Taki sposób reprezentacji został ustalony przez wymienioną Spółkę i jest skuteczny jako tzw. prokura niewłaściwa.

Izba postanowiła nie uwzględnić złożonych opozycji przez zamawiającego oraz odwołującego i dopuściła konsorcjum Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. (lider) z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie odwołującego wyłącznie w części dotyczącej zarzutów przeciwko ofercie wybranej - wykonawcy konsorcjum Kolmen sp. z o.o. Izba przyjęła odmiennie niż zamawiający i odwołujący, iż w obecnym stanie sprawy, konsorcjum to ma interes w uzyskaniu zamówienia, wniosło bowiem odwołanie własne od czynności zamawiającego odrzucenia jego oferty, sygn. akt KIO 511/11. Nadal jest więc uczestnikiem postępowania przetargowego, ma interes w tym aby oferta wykonawcy wybranego konsorcjum Kolmen z ceną 23 453 894,88 zł. została wyeliminowana, co jest zbieżne z twierdzeniami, po którego stronie przystępuje, gdyż przystępujący zaoferował cenę wyższą 29 165 320 zł. Natomiast z punktu widzenia przystępującego, obrona oferty odwołującego jest obojętna, ponieważ oferta ta jest ostatnia w kolejności oceny i nie zagraża pozycji przystępującego. W tym zatem zakresie przystępujący nie ma interesu w zajmowaniu stanowiska w tej kwestii. Zatem w ocenie Izby, przystępujący zachował interes w uzyskaniu danego zamówienia, legitymujący do korzystania ze środków ochrony prawnej.

W dniu 11 marca 2011 r. za pośrednictwem telefaksu zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca wybrany konsorcjum Kolmen sp. z o.o. Oryginał przystąpienia został złożony do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2011 r., a więc z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się

15

Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z opisanych wyżej przyczyn, Izba postanowiła nie dopuścić konsorcjum Kolmen sp. z o.o. do udziału w sprawie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami, oferty odwołującego, oferty wybranego wykonawcy konsorcjum Kolmen, oferty przystępującego konsorcjum Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. (lider) wraz ze złożonym wyjaśnieniem ceny oferty, wezwań zamawiającego do odwołującego i do konsorcjum Kolmen oraz udzielonych odpowiedzi, postanowienia Sądu Rejonowego w Warszawie dotyczącego upadłości spółki Kolprojekt, sygn. akt IX GU 94/10 i pisma o wycofanie wniosku o upadłość.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego konsorcjum Mott MacDonald, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest "Pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów."

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 24 listopada 2010 r.

Z protokołu postępowania druk ZP -12 (oraz z protokołu otwarcia ofert) wynika, że oferty złożyło 10 wykonawców:

1. Konsorcjum ECM Group, które zaoferowało najniższą cenę 16 469 024,00;

2. Druga w kolejności cenowej oferta konsorcjum TPF Planege na kwotę 23 209 683,62 zł
3. Trzecia w kolejności cenowej oferta konsorcjum Kolmen na kwotę 23 453 894,88 została wybrana.
4. Czwarta w kolejności cenowej oferta konsorcjum MP-Mosty na kwotę 25 421 676,80 zł.
5. Piąta w kolejności cenowej oferta konsorcjum EGIS na kwotę 26 377 150,28 zł,
6. Szósta w kolejności cenowej oferta konsorcjum KOLTECH na kwotę 26 517 920 zł,
7. Siódma w kolejności cenowej oferta konsorcjum Mott McDonald na kwotę 29 165 320 zł,
8. Ósma w kolejności cenowej oferta konsorcjum Grontmij na kwotę 32 134 800 zł,
9. Dziewiąta w kolejności cenowej oferta Safege na kwotę 34 831 000 zł,
10. Dziesiąta oferta została złożona przez odwołującego konsorcjum Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o. , z ceną 52 913 420,43 zł.

16

Szacunkowa wartość zamówienia według protokołu postępowania wynosi 182 335 517,59 zł netto i została wyliczona w 2009 r. co potwierdza protokół postępowania druk ZP – 1 oraz przeszacowana przed wszczęciem postępowania. Obliczenia wartości szacunkowej według kosztorysu inwestorskiego dokonano w listopadzie 2009 r. a następnie zaktualizowano 15 września 2010 r.

Zamawiający podał, iż wartość kosztorysowa zamówienia została określona na poziomie 4,45% wartości robót budowlanych na podstawie publikowanych danych cenowych Sekocenbudu (WKI 3/2010). Zamawiający przyznał, iż wartość szacunkowa zamówienia na nadzór została wyliczona jako wyżej podana pochodna procentowa od szacunkowej wartości realizacji robót, która również była zawyżona w stosunku do cen faktycznie złożonych ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 182 335 520,00 netto brutto 222 449 334 ,40 zł.

Z załącznika do protokołu druku ZP -18 wynika, że zamawiający wykluczył wykonawców:

- 1) konsorcjum KOLTECH;
- 2) wykonawcę Safege;
- 3) konsorcjum EGIS;
- 4) konsorcjum TPF Planege;
- 5) konsorcjum Grontmij;
- 6) MP-Mosty.

Z załącznika do protokołu druku ZP -19 wynika, że zamawiający odrzucił oferty wykonawców:

- 1) ECM Group z uwagi na nieuwzględnienie zmian w formularzu oferty;
- 2) Odwołującego – konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę oferty;
- 3) konsorcjum Mott McDonald, z uwagi na brak umocowania do złożenia oferty.

Z powyższego wynika, że zamawiający za jedyną ofertę niepodlegającą odrzuceniu oraz wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu uznał ofertę konsorcjum Kolmen na kwotę 23 453 894,88 zł, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zarówno w piśmie z 25 lutego 2011 r. jak i z dnia 2 marca 2011 r. zamawiający jako przyczynę odrzucenia oferty odwołującego podał: „Oferta nr 9 złożona przez konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. oraz DB International GmbH sp. z o.o. Odział w Polsce podlega odrzuceniu. Podstawą odrzucenia wymienionej oferty był art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień uznał zaproponowaną przez wykonawcę cenę jako rażąco niską.”

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące wymagania.

Rozdział 3.2. Okres realizacji zamówienia. Nadzór w okresie projektowania i realizacji robót budowlanych nie dłużej niż do 31.12. 2014 r. oraz w okresie gwarancji oraz przygotowania

17

ostatecznego rozliczenia 12 miesięcy od zakończenia nadzoru w okresie projektowania i realizacji robót , w tym 2 miesiące na ostateczne rozliczenie umowy.

Zamawiający wyjaśnił, że cały kontrakt z wykonawcą zamówienia ma zostać zrealizowany do końca lutego 2016 r. w tym do 31 grudnia 2014 r. nadzór nad robotami budowlanymi, 12 miesięcy nadzór w zakresie rękopisami, plus dodatkowo dwa miesiące na rozliczenie inwestycji i przedstawienie raportu końcowego.

Zamawiający wyjaśnił, iż roboty, które będą nadzorowane przez inżyniera obejmują wykonanie inwestycji w systemie zaprojektuj i zbuduj. Wykonawca będzie sprawował nadzór nad wykonywaniem opracowań projektowych i nad realizacją robót budowlanych.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest nadzór nad projektowaniem i modernizacją/budową linii kolejowej na odcinku około 138 km Kraków - Rzeszów. Usługa obejmuje nadzór, administrowanie i koordynację realizacji umów, jakie będą podpisane z wykonawcami robót i polega na: pełnieniu funkcji Inżyniera zgodnie z „Warunkami kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” (FIDIC żółty) oraz z Warunkami Szczególnymi, stanowiącymi załącznik do umowy na roboty budowlane, sprawowanie nadzoru inwestorskiego zgodnie z ustawą Prawo budowlane i rozporządzeniami wykonawczymi do tej ustawy, koordynacji realizacji umów, zawartych na wykonanie prac projektowych i robót objętych zakresem sześciu przetargów, dotyczących modernizacji określonych odcinków linii kolejowej, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić dostępność odpowiedniego personelu, gwarantującego sprawny nadzór nad umowami zawartymi w ramach projektu. Na zespół ten składa się personel stały, obejmujący zgodnie z wymaganiami Zamawiającego: Inżyniera Projektu, sześciu Inżynierów Rezydentów, Inżyniera Zaopatrzenia i Jakości Materiałów, Specjalistę Odpowiedzialnego za Przygotowanie Wymaganych Raportów Okresowych, dwóch Specjalistów ds. Obmiarowo-Rozliczeniowych, Koordynatora Dostępu do Torów, Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Personel wykonawcy ma stanowić również inny zespół o zmiennej liczebności obejmujący: inspektora nadzoru w specjalności kolejowej, inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, inspektora nadzoru w specjalności mostowej, inspektora nadzoru w specjalności drogowej, inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, inspektora nadzoru w specjalności telekomunikacyjnej, inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych ze specjalizacją trakcje elektryczne, inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w dziedzinie instalacje i sieci elektroenergetyczne), inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, wodociągowych i

18

kanalizacyjnych, specjalistę ds. geodezji z uprawnieniami do geodezyjnej obsługi inwestycji, geotechnika, specjalistę od wytrzymałości gruntów, specjalistę ds. ochrony środowiska. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że osoby tworzące Stały Zespół Inżyniera będą pozostawać do pełnej dyspozycji zamawiającego z dniem podpisania umowy na roboty budowlane.

Część pierwsza SIWZ - IDW

Rozdział 8 punkt 2.2 o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

Punkt 8.3 dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Punkt 8.4 wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym osobach zdolnych do wykonania zamówienia (...) niezależnie od charakteru łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. punkt 8.4.2 w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 (dysponowania osobami) wymagane jest wykazanie przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z wyszczególnieniem zawartym na str. 10 i 11 (tabela) SIWZ. Osoby wymienione w ofercie w stałym zespole inżyniera będą do pełnej dyspozycji zamawiającego z dniem podpisania umowy o nadzór. Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób stałego zespołu inżyniera jeżeli dotyczą one okresu zgłaszania wad. Nie dopuszcza się wskazywania przez wykonawcę tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.

Ocena spełnienia warunku wskazanego punkcie 8.2.3 nastąpi na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów o których mowa w punkcie 9.1.4. SIWZ.

Oprócz zespołu o stałej liczebności zamawiający przewidział zespół o zmiennej liczebności i

określił jakie branże mają być reprezentowane w tym zespole. Natomiast w zakresie zespołu stałego określił ściśle stanowiska i ilość osób.

Przez pojęcie, że osoby mające być do pełnej dyspozycji zamawiający rozumiał, że nie dojdzie do takiej sytuacji kiedy członkowie zespołu stałego inżyniera kontraktu będą potrzebni, a nie będą osiągalni przy czym zamawiający uznawał że mają być fizycznie obecni, a nie tylko pozostawać w kontakcie telefonicznym.

W materiałach przetargowych zamawiający nie określił ilości godzin jakie mają przepracować osoby z zespołu stałego, bądź zmiennego przy usługach na wymienionych odcinkach nadzorowania prac. Został podany zakres rzeczowy nadzorowanych kontraktów z podaniem informacji, że są to kontrakty zaprojektuj i buduj. Zamawiający wyjaśnił, że w odniesieniu do wszystkich tych odcinków zostały zawarte umowy z wykonawcami projektów i robót.

19

Natomiast zamówienie dotyczy przebudowy linii kolejowej. Nie zostały zakończone prace projektowe, dostępny jest program funkcjonalno – użytkowy.

Punkt 9.1.3 SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunków szczegółowo określonych w punkcie 8.4.1 SIWZ,

a) wymagany był wykaz wykonanych usług,

b) pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykonawca z takiej opcji korzystał.

Punkt 9.1.4 SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunków szczegółowo określonych w punkcie 8.4.2 SIWZ,

a) wymagany był wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia (...) a także zakresu wykonywanych czynności oraz określenia podstawy dysponowania tymi osobami.

b) pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (osób zdolnych do wykonania zamówienia), według zał. nr 3 do SIWZ.

Rozdział 13 Opis sposobu obliczenia ceny.

Punkt 13.2. Cena oferty i sposób jej przedstawienia określony jest w formularzu ofertowym w zał. Nr 1 do SIWZ oraz w zał. A do formularza ofertowego.

W rozdziale 15.1. SIWZ litera f. zamawiający wymagał złożenia wykazu prac przeznaczonych do podwykonania według załącznika nr 5 zgodnie z punktem 22 SIWZ (pkt 22.2).

W rozdziale 19 SIWZ zamawiający postanowił, iż ocena zgodności ofert z wymaganiami SIWZ przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i materiałów jakie wykonawca zawarł w swej ofercie, uzupełnień dokumentów i oświadczeń oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty, złożonych na żądanie zamawiającego.

Punkt 19.9 jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty będzie cena.

Rozdział 22 Podwykonawstwo.

Punkt 22.1. zamawiający dopuszcza powierzenie części zamówienia podwykonawcom.

Wykonawca zobowiązany jest wskazać w dokumencie sporządzonym według wzoru nr 5 do SIWZ, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Punkt 22.2. Nie złożenie załącznika nr 5 do oferty, jest rozumiane przez zamawiającego, jako zgoda wykonawcy na wykonanie całego przedmiotu zamówienia samodzielnie, bez powierzenia części zamówienia podwykonawcom.

W załączniku A do formularza oferty zamawiający wymagał podania ceny całkowitej ofertowej brutto oraz w rozbiciu na poszczególne zakresy nadzorowania robót (str. 30-33 SIWZ).

Załącznik nr 3 A. zawiera wykaz osób – stały zespół, które będą uczestniczyć w

20

wykonywaniu zamówienia obejmuje: imię i nazwisko, opis doświadczenia (w tym: nazwa adres firmy, okres trwania m-c - rok, zajmowane stanowisko, opis doświadczenia; wykształcenie, uprawnienia jeżeli dotyczy, stanowisko, na które osoba jest proponowana. Osobny wykaz osób według załącznika B, zobowiązany był złożyć wykonawca, który będzie dysponował osobami podmiotów trzecich, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Treść wykazu została poszerzona o podanie podstawy dysponowania. W

uwagach zamawiający wskazał, że do wykazu należy dołączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia każdej ze wskazanych w wykazie B osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Według wzoru załącznika nr 5 należało podać wykaz prac przeznaczonych do pod wykonania. Wskazując nazwy i adresy podwykonawców oraz zakres prac, (części zamówienia) do podwykonania.

Z wzoru umowy oraz postanowień SIWZ wynika, że zamawiający nie wymagał skosztorysowania usługi.

Zamawiający potwierdził, iż nie wymagał przedstawienia kosztorysu usług wchodzących w skład zamówienia i składających się na cenę całkowitą oferty.

W § 2 wzoru umowy, wymagał natomiast podania ceny całkowitej brutto oraz w tym podania cen brutto w zakresie nadzoru nad pracami projektowymi i realizacji robót na wskazanych odcinkach linii kolejowej Kraków -Rzeszów.

W § 3 wzoru umowy zamawiający wymagał dostępności stałego zespołu wykonawcy: składającego się z:

- Inżyniera projektu;
- 6 Inżynierów rezydentów;
- Inżyniera zaopatrzenia i jakości materiałów;
- Specjalisty do spraw przygotowania raportów okresowych;
- 2 specjalistów obmiarowo – rozliczeniowych;
- koordynatora dostępu do torów;
- kierownika przeglądu dokumentacji.

Zamawiający przewidział odrębny zespół wykonawcy o zmiennej liczebności, podając funkcje oraz zakres kompetencji i uprawnień, przedstawiany w ciągu 7 dni od podpisania umowy.

W postanowieniach wzoru umowy zamawiający zawarł wymaganie, „ że ani wykonawca ani jego podwykonawcy ani też jego personel nie zaangażują się podczas trwania umowy w żadną działalność gospodarczą, która stałaby w sprzeczności z obowiązkami ciążącymi na nich z mocy umowy.”

Harmonogram realizacji - punkt 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia przewiduje czas trwania

21

umowy nie dłużej niż do 31.12.2014 r. oraz 12 miesięcy w okresie gwarancyjnym. Termin końcowy uwzględniający rozliczenia do lutego 2016 r.

Zmianą nr 10 do SIWZ, zamawiający postanowił, iż ostateczny zakres rzeczowy będzie wynikał z przyjętych do realizacji dokumentacji projektowych dla poszczególnych przetargów. Zakres rzeczowy przybliżony podstawowych prac modernizacyjnych w przetargu do nadzorowania przez inżyniera kontraktu został podany w załączniku do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia - zakres rzeczowy projektu dla poszczególnych etapów strony 24 – 30. Pełny wykaz zawiera program funkcjonalno – użytkowy.

Na stronach 73 - 80 oferty konsorcjum Kolmen został przedstawiony wykaz osób, członków zespołu stałego, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, jako potencjał udostępniony wykonawcy przez podmioty trzecie.

Strony potwierdziły, że nie nastąpiło udostępnienie osób stałego zespołu przez podmiot trzeci Kolprojekt. W tym zakresie Kolmen przedstawił oświadczenia własne osób wchodzących w skład zespołu stałego.

Konsorcjum Kolmen załączyło wykaz zrealizowanych usług na potwierdzenie posiadanego doświadczenia, w którym ujęło między innymi, usługi wykonane przez Centralne Biuro Projektowego Budownictwa Kolejowego Kolprojekt sp. z o.o., z przedstawionymi referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług.

W dokumentach oferty znajduje się zobowiązanie Centralnego Biura Projektowego Budownictwa Kolejowego Kolprojekt sp. z o.o. do udostępnienia na rzecz konsorcjum Kolmen zasobu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w postaci doświadczenia w realizacji oznaczonych usług o treści „działając w imieniu spółki Centralne Biuro Projektowe Budownictwa Kolejowego Kolprojekt sp. z o.o. jako podwykonawca konsorcjum Kolmen zobowiązuję się niniejszym oddać do pełnej dyspozycji tego konsorcjum nasz zasób w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w postaci doświadczenia polegającego na zrealizowaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co

najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł. polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji lub budowy linii kolejowej przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 200 000 000,00 zł. tj. wymaganej zapisem SIWZ część I IDW pkt 8.4.1 w przedmiotowym postępowaniu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia. W przypadku wygrania przetargu przez to konsorcjum, (tj. Kolmen) Kolprojekt sp. z o.o. zobowiązuje się do zrealizowania części zamówienia określonego w SIWZ część II OPZ pkt 4.2 którego zakres obejmuje umowa podwykonawcza.

22

Na stronie 105 w załączniku według wzoru nr 5 zawarte jest oświadczenie, iż wykonawca Kolmen powierzy część zamówienia do pod wykonania wyszczególnionych w punkt 9 SIWZ Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Pismem z dnia 30 grudnia 2010 r. zamawiający wezwał konsorcjum Kolmen sp. z o.o. do złożenia niżej wymienionych dokumentów i wyjaśnienia sposobu i możliwości wykorzystania doświadczenia udostępnianego przez firmę Kolprojekt zasobu, w związku ze złożonym przez ten podmiot wnioskiem o upadłość.

W odpowiedzi na wymienione wezwanie z dnia 4 stycznia 2011 r, wykonawca wybrany konsorcjum Kolmen przyznał fakt, iż podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie Kolprojekt sp. z o.o. zgłosił wniosek własny o upadłość. Wykonawca stwierdził jednak, iż przesłanka negatywna uniemożliwiająca udział w postępowaniu określona w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp adresowana jest wyłącznie do wykonawcy składającego ofertę. Zatem nawet ogłoszenie upadłości podmiotu udostępniającego potencjał nie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy, który z tego potencjału zamierza skorzystać.

Do wyjaśnień wykonawcy Kolmen zostało załączone stanowisko podmiotu trzeciego firmy Kolprojekt z dnia 3 stycznia 2011 r, który zaznaczył, iż dopiero wydanie postanowienia przez sąd o postawienie podmiotu w stan upadłości wyłącznie obejmującej likwidację majątku upadłego miałyby wpływ na postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego. W przekonaniu wymienionego przedsiębiorcy, nawet ogłoszenie upadłości podmiotu, na wiedzy i doświadczeniu którego polega wykonawca, nie wywiera żadnego wpływu na możliwość wykonania zamówienia zgodnie z jego treścią.

W aktach postępowania zawarty jest wniosek z dnia 3 marca 2011 r. złożony przez Centralne Biuro Projektowe Budownictwa Kolejowego Kolprojekt sp. z o.o. cofnięcie wniosku dłużnika o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu oraz postanowienie Sądu Rejonowego w Warszawie sygn. akt IX GU 94/10 o umorzeniu postępowania w sprawie z wniosku dłużnika z dnia 29 października 2010 r. o ogłoszenie upadłości.

Pismem z dnia 7 stycznia 2011 r. zamawiający zwrócił się między innymi do konsorcjum odwołującego oraz konsorcjum Kolmen o podanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Informował jednocześnie, że stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunkom wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej. Wyjaśnienie składane do dnia 17 stycznia 2011 r. winno wskazać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia Ponadto wyjaśnienie winno wskazać czy istnieją

23

konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Zamawiający uprzedził, że na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oferta zostanie odrzucona jeżeli dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wezwanie powyższej treści otrzymali, według oświadczeń zamawiającego, wszyscy

wykonawcy, z uwagi na rozbieżność zaoferowanych cen z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 14 stycznia 2011 r. wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp złożył wybrany wykonawca konsorcjum Kolmen, który podkreślił, iż zasadniczym elementem kosztów są wynagrodzenia. Przedłożył kalkulację kosztów do zaoferowanej ceny oferty z rozbiorem na poszczególne odcinki robót, które będą nadzorowane w ramach niniejszego zamówienia z wyszczególnieniem pozycji tych kosztów odnoszących się do administracyjno – biurowych, logistycznych, kosztów wynagrodzeń personelu stałego i zmiennego, z załączeniem wykazu posiadanych środków trwałych do realizacji zamówienia.

W wyjaśnieniach z 12 stycznia 2011 r. odwołujący konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o. (lider) zwrócił uwagę, iż cena jego oferty jest najwyższa z 10 złożonych ofert. Podał co następuje.

1. Oszczędność metody wykonania: polegająca na nabytych doświadczeniach organizacyjnych, stale współpracujący zespół specjalistów zatrudniony na stabilnych warunkach płacowych.
 2. Posiadanie zaplecza usprawniającego pracę, pozwala ponosić niższe koszty osobowe. Posiadanie bazy w postaci zapleczy kontenerowych oraz środków transportu leasingowanych, środki łączności i brak opłat za połączenia wewnątrz sieci jednego operatora. Odwołujący wymienił znaczące w jego dorobku inwestycje, które uczestnicy konsorcjum nadzorowali, co pozwoliło na nabycie doświadczeń organizacyjnych, dających najlepsze efekty i wydajności pozwalającej na oszczędność kosztów.
 3. Opracowane metodologie działania na poszczególnych stanowiskach dające efekty w postaci obniżki ponoszonych kosztów.
2. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Odwołujący powołał się na dużą skalę prowadzonej działalności, (aktualnie 19 realizowanych kontraktów) co przy wykonywaniu wielu kontraktów daje możliwość minimalizowania zysku na poszczególnych kontraktach, składających się na zysk ogólny i dodatni wynik prowadzonej działalności. Odwołujący zaznaczył, iż zaoferowana cena jest realna w istniejących warunkach

24

rynkowych, gwarantuje zysk wykonawcy oraz należyte wywiązanie się z realizacji zamówienia.

W protokole z prac komisji przetargowej z dnia 18 lutego 2010 r. przy ofercie konsorcjum Kolmen zamawiający podał, że podmiot udostępniający zasoby Kolprojekt jest postawiony w stan upadłości i w związku z tym powstaje wątpliwość czy deklaracja o udostępnieniu doświadczenia jest możliwa do realizacji. Zaznaczył, że firma ta nie bierze bezpośrednio udziału w postępowaniu, ale zobowiązuje się do udostępnienia istotnej części swego doświadczenia wykonawcy, który złożył ofertę. Komisja zapoznała się ze złożonymi wyjaśnieniami i uznała ofertę za ważną. Zamawiający stwierdził, iż wyjaśnienia tego wykonawcy odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny zostały przedstawione w sposób przekonywujący i komisja uznała je za wystarczające.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż złożył ofertę w danym postępowaniu, jednocześnie zarzucał, że niezgodne ze wskazanymi przepisami ustawy czynności zamawiającego naruszyły interes odwołującego w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie.

Z wyżej poczynionych ustaleń dowodowych wynika, że w postępowaniu zostały złożone oferty z cenami w przedziale od 16 469 024,00 zł. do 52 913 420,00 zł. Zamawiający w protokole - notatce z dnia 16 grudnia 2010 r. przyznał, że wszystkie ceny ofert są znacznie niższe od wartości szacunkowej wynoszącej 222 449 331,46 zł. brutto.

Obliczenia wartości szacunkowej według kosztorysu inwestorskiego dokonano w listopadzie 2009 r., a następnie zaktualizowano 15 września 2010 r. co formalnie stanowi spełnienie przesłanek art. 35 ustawy Pzp. Jednakże sam zamawiający podał, iż tak samo jak w tym postępowaniu wystąpiła też znaczna rozbieżność między wartością szacunkową robót, które mają być nadzorowane a cenami złożonych ofert na roboty budowlane, którą wiązał z nasilającą się konkurencją rynkową.

Wartość kosztorysowa zamówienia została określona na poziomie 4,45% wartości robót

budowlanych na podstawie publikowanych danych cenowych Sekonenbudu (WKI 3/2010). Zatem zamawiający wyliczając szacunkową wartość zamówienia nie opierał się na danych obrazujących aktualny poziom cen rynkowych usług inżynierskich. Dowodzi to, że wartość szacunkowa odbiegała od aktualnych realiów rynkowych, zatem nie mogła stanowić podstawy do twierdzeń, iż skoro wszystkie ceny złożonych ofert kształtowały się na poziomie około 25 % wartości oszacowania brutto, tym samym zachodziła podstawa domniemania, iż zawierają one rażąco niską cenę. Wszystkie ceny ofert stanowią od około: 5% (cena 16 469 024,00

25

zaoferowana przez konsorcjum ECM) przez około 10% (cena 23 453 894,88 zł. zaoferowane przez konsorcjum Kolmen) do około 27% (cena 52 913 420,43 zł. zaoferowana przez odwołującego) - wartości zamówienia obliczonej przez zamawiającego.

Samo zanotowanie nawet znaczących różnic arytmetycznych między ceną oferty a wartością szacunkową nie stanowi, zdaniem Izby, wystarczającej podstawy stwierdzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, oceniając oferty pod względem rażąco niskiej ceny powinien brać pod uwagę nie tylko złożone wyjaśnienia wykonawców dotyczące zaoferowanych przez nich cen, ale całokształt okoliczności, do których należą:

1) wartość szacunkowa zamówienia ustalona z należytą starannością, czego nie można powiedzieć o dokonanych przez zamawiającego szacunkach, skoro tak znacząco odbiegają one od realiów rynkowych,

2) ceny rynkowe podobnych zamówień, realizowanych w aktualnym okresie, zamawiający zlecając realizację robót infrastruktury kolejowej i ich nadzorowanie ma odpowiednie rozeznanie, mógł zatem i powinien porównać oferowane ceny w tym postępowaniu z cenami innych podobnych zamówień, a takie dowody nie zostały przedstawione.

3) średni poziom cen ofert, złożonych w niniejszym postępowaniu, który bez uwzględnienia ceny oferty z najniższą i z najwyższą ceną, kształtuje się na poziomie średnim dosyć wyrównanym, około 30 000 000,00 zł.

4) możliwe jest także porównanie cen wykazanych podobnych usług referencyjnych, wykonanych z należytą starannością, dla wywiedzenia wniosków, że wykonawca jest zdolny prawidłowo wykonać zamówienie za podaną cenę.

Jakkolwiek można porównywać ceny podobnych zamówień w zbliżonym okresie, to nie jest to miernik najbardziej dokładny z uwagi na odmienne warunki realizacji. Najbardziej adekwatne dla porównań cen ofert, są ceny oferowane w danym postępowaniu. Tym bardziej iż złożono aż 10 ofert. Z niekwestionowanych ustaleń zamawiającego wynika, że, procentowy udział wartości ofert w stosunku do wartości oszacowania kształtuje się na poziomie od 7% ceny najniższej oferty do 24 % ceny najwyższej oferty. Po uśrednieniu wartości te wynoszą 13% w przypadku wszystkich ofert natomiast 12 % w przypadku pominięcia skrajnych cen ofert.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosków, iż wartość szacunkowa była znacznie zawyżona i nie uwzględniała aktualnego poziomu cen rynkowych usług nadzoru nad projektowaniem i robotami w zakresie inwestycji kolejowych.

Zamawiający oceniając ceny ofert zarówno konsorcjum Kolmen jak i cenę oferty konsorcjum odwołującego ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia omawianej różnicy względem wartości szacunkowej. Ponadto przeprowadził oderwaną od wszelkich innych istotnych okoliczności analizę złożonych wyjaśnień i na jej wynikach oparł ocenę, iż oferta

26

konsorcjum Kolmen na kwotę 23 453 894,88 zł. nie przedstawia rażąco niskiej ceny, natomiast oferta złożona przez odwołującego konsorcjum Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o. z ceną 52 913 420,43 zł. zawiera rażąco niską cenę.

W odniesieniu do zarzutu odwołującego, iż oferta konsorcjum Kolmen zawiera rażąco niską cenę Izba zajęła następujące stanowisko.

Wykonawca - konsorcjum Kolmen udzielając wyjaśnień odnośnie ceny swojej oferty, dostosował je do dyspozycji zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 7 stycznia 2011 r. wskazując, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Ponadto wykonawca wyjaśniał konkretne uwarunkowania jakie

złożył przy konstruowaniu ceny swojej oferty, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny. Przedstawiając elementy kalkulacyjne ceny, opisał przy tym te czynniki i skalę ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przedstawiona kalkulacja jest niepełna, a podsumowanie poszczególnych pozycji nie daje ściśle wyniku zgodnego z ceną oferty netto. Należało bowiem zważyć, iż zamawiający w SMZ nie wymagał szczegółowego skalkulowania ceny usługi, co wielokrotnie potwierdził w trakcie rozprawy. Wykonawca składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, był zatem uprawniony aby ewentualnie wyliczyć i omówić wybrane elementy kalkulacyjne ze swojej oferty dla zobrazowania ich wpływu na całość ceny oferty. Zamawiający nawet nie byłby uprawniony do żądania pełnych kalkulacji, albowiem stanowiłoby to odstępianie od wiążących warunków przetargu, które ustanowił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należało również dostrzec, iż przedmiot zamówienia nie został w sposób ścisły zdefiniowany, skoro ma być pochodną zakresu prac, w wyniku przyszłościowego sporządzenia zleconych dokumentacji projektowych. Tak więc, ceny ofertowe poszczególnych wykonawców, zależały od przyjętych założeń wyjściowych. Zamawiający określił okres trwania kontraktu, z podziałem na nadzorowanie: fazy projektowania i budowy, i nadzorowanie fazy przeglądów okresu gwarancyjnego i rozliczenia inwestycji. Mimo, że zamawiający wymagał pełnej dyspozycyjności członków zespołu stałego wykonawcy i odpowiedniej dyspozycyjności członków zespołu zmiennego, to nie narzucił ilości godzin, które winien w miejscu realizacji robót przepracować określony specjalista (inspektor) nadzorujący prace z ramienia inżyniera kontraktu. Oczywiście i niekwestionowaną przez zamawiającego okolicznością było, że cały skład zespołu stałego i zmiennego miał zabezpieczać nadzór nad poszczególnymi branżami robót i prac projektowych, wraz z koordynacją, kierownictwem i specjalistami do rozliczeń inwestycyjnych. Należało również zważyć, iż w całym okresie trwania umowy, roboty określonego typu będą wykonywane okresowo na różnych odcinkach modernizowanej linii, i z różnym nasileniem tych prac w poszczególnych okresach (z przerwami np. ze względu na warunki zimowe, czy imprezę Euro 2012). Zamawiający jedynie nie dopuścił, aby te same stanowiska w zespole w okresie nadzoru

27

robót budowlanych sprawowała jedna i ta sama wskazana przez wykonawcę osoba, natomiast nie zakazał, aby osoby te wykonywały jeszcze inne zatrudnienia, zachowując wymaganą dyspozycyjność dla wykonania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

Z powyższych względów, zdaniem Izby, wykonawcy byli uprawnieni, aby w kalkulacji ceny przyjąć optymalizację planowanych kosztów osobowych, zakładając niezbędny czas świadczenia usługi nadzoru przez poszczególnych specjalistów z obu zespołów realizacyjnych w poszczególnych okresach sprawowania nadzoru: nad projektowaniem, budową, udziałem w przeglądach gwarancyjnych i rozliczeniem budowy, charakteryzujących się zmiennym natężeniem zaangażowania ze strony nadzoru inwestorskiego, gdyż wykonywanie nadzoru na robotami budowlanymi realizowanymi w systemie „projektuj i buduj” z uwzględnieniem okresu gwarancyjnego, nie wymaga świadczenia pracy przez wszystkich specjalistów w jednakowym wymiarze i okresie. Takie założenia Izba uznała zatem za uzasadnione. Odwołujący nie wykazał, iż ocena wyjaśnień konsorcjum Kolmen, dokonana przez zamawiającego była wadliwa. Wręcz przeciwnie, sposób kalkulacji wynagrodzenia pracowników, według oferty Kolmen pozwala na stwierdzenie, iż jest on czynnikiem oszczędnej metody wykonania zamówienia. Umiejętne rozdysponowanie pracowników, w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia i skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie, który pozwala na zatrudnienie odpowiednich specjalistów i wygenerowanie zysku, jest uprawnieniem własnym wykonawcy, pozwalającym na racjonalizację wydatków i złożenie cenowo korzystnej oferty, szczególnie przy uwzględnieniu okoliczności, że głównym czynnikiem cenotwórczym niniejszego zamówienia są koszty płacowe.

Przedłożona kalkulacja kosztów przez konsorcjum Kolmen do zaoferowanej ceny oferty z rozbiciem na poszczególne odcinki robót, które będą nadzorowane w ramach niniejszego zamówienia, z wyszczególnieniem pozycji tych kosztów odnoszących się do administracyjno – biurowych, logistycznych, kosztów wynagrodzeń personelu stałego i zmiennego, w ocenie Izby spełnia wymagania zamawiającego podane w piśmie z dnia 7 stycznia 2011 r. a ponadto spełnia przesłanki określone w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż odnosi się kompleksowo do czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Z przedstawionych względów, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów i żądań odwołującego oraz przystępującego w odniesieniu do ceny oferty konsorcjum Kolmen i

uznała, że materiał dowodowy sprawy nie pozwala na przypisanie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący w sposób wybiórczy analizował czynniki wskazane przez konsorcjum Kolmen, jako mające wpływ na cenę oferty. Nie mógł przy tym zakwestionować przyjętych przez wykonawcę Kolmen założeń wyjściowych do przedłożonej kalkulacji, które nie naruszały żadnych warunków postawionych przez zamawiającego. Takie zabiegi interpretacyjne, jak wywodził odwołujący, są niedopuszczalne bowiem prowadzą do błędnych i fragmentarycznych ustaleń i nie

28

odnoszą się do ceny całkowitej oferty.

Wbrew zarzutom odwołującego, zamawiający nie naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W żadnej mierze nie można zarzucać, iż oferta konsorcjum Kolmen jest niezgodna z treścią SIWZ, skoro w wyjaśnieniach wykonawca nie skosztorysował i nie przedstawił w sposób pełny kosztów oferowanej usługi. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia takiego wymagania nie zawierała. Odwołujący również nie zawarł w swoich wyjaśnieniach skosztorysowania oferowanej usługi. Niedowiedzione pozostały też zarzuty odwołującego, że konsorcjum Kolmen nie zaoferowało wykonania zamówienia przez zespół, który będzie pozostawał w odpowiedniej wymaganej - dyspozycji (§ 13 wzoru umowy zakazywał jedynie działalności kolidującej z przyjętymi obowiązkami) do bieżącego nadzorowania robót - przez co zachodziła podstawa do odrzucenia złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba rozpatrując zarzuty dotyczące podania rażąco niskiej ceny oferty, koncentruje się na porównaniu całkowitej ceny oferty w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, który za podaną cenę ma zostać zrealizowany. Takie są bowiem wskazania art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdzie mówi się o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ten sam sposób Izba podeszła zarówno do oferty konsorcjum Kolmen jak i oferty odwołującego, nie badając odrębnie poszczególnych składników cenowych, takich jak poziom wynagrodzeń w danej branży, rynkowych kosztów zapewnienia środków transportu, łączności, wyposażenia biur itp., gdyż jak wskazała wyżej wybiórcze badanie kosztów poszczególnych pozycji ceny usługi, a nawet stwierdzenie zaniżonego ich poziomu w odniesieniu do oznaczonej części składowej w żaden sposób nie świadczy o rażąco niskiej cenie za przedmiot zamówienia – cenie całkowitej oferty.

Argumentacja odwołującego nie mogła zostać uwzględniona. Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania elementów składowych ceny oferty. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i przyjętego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji ceny oferty. Niezależnie od kalkulacji ceny elementu usługi, i tak liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego poglądu doktryny oraz orzecznictwa. Podkreślenia wymaga, iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty, które łącznie jako cena oferty, mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Należy bowiem wskazać, iż kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia

29

zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09). Stosownie do ugruntowanych poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „ocenając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.”

Mając na uwadze powyższe uznać należało, iż niedopuszczalnym jest - tak jak żądał

tego odwołujący, stosując wybiórcze porównywanie wybranych pozycji ofert, w tym zakresie w którym składowe ceny były niższe np. od pozycji jego oferty, aby cena wybranego wykonawcy została uznana za rażąco niską. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia,” a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących, iż ceny oferowane za porównywalny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu, kształtują się aktualnie na poziomie znacząco wyższym, zatem nie dowiódł zgłaszanych zarzutów w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Stawianym zarzutem przeczy fakt oczywisty i przyznany przez odwołującego, że średnia cena ofert w tym postępowaniu była wyrównana (nie licząc oferty odwołującego) i bliższa cenie oferty konsorcjum Kolmen.

Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską jest ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż "za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi." Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. "O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste 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" (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Wyrok z 4 stycznia 2011 roku, Sygn. akt KIO 2727/10: „Samo stwierdzenie przez Odwołującego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Nawet okoliczność założenia zbyt niskiego poziomu zysku nie dowodzi przyjęcia ceny poniżej kosztów realizacji inwestycji." Wyrok z 16 czerwca 2010

30

roku, Sygn. akt KIO 1055/10 „W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że o cenie rażąco niskiej nie świadczy sama różnica pomiędzy określoną ceną a innymi zaoferowanymi cenami czy wartością zamówienia (różnica ta może jedynie legitymować do przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co Zamawiający uczynił), a fakt, że za tą cenę nie można należycie zrealizować usługi, ponieważ jest to cena - ogólnie mówiąc - poniżej kosztów realizacji. „Wyrok z 29 kwietnia 2010 roku, Sygn. akt KIO 610/10: „Zastosowana metoda wyceny poszczególnych rodzajów usług stanowi czynnik przesądzający o konkurencyjności przedmiotowej oferty i wynika z przyjętej strategii budowania ceny ofert.” Wyrok z dnia 10 stycznia 2011, Sygn. akt: KIO 2782/10: „W ocenie Izby z pewnością ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w porównywalnych warunkach gospodarczych. Na kalkulacje ceny oferty mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze charakterystyczne dla danego rynku, jak i kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych.”

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, Izba zajęła następujące stanowisko.

W swoim piśmie z 12 stycznia 2011 r. odwołujący konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o. (lider) wyjaśniał wpływ na cenę jego oferty następujących czynników:

- oszczędność metody wykonania: polegająca na nabytych doświadczeniach organizacyjnych, stale współpracującego zespołu specjalistów zatrudnionych na stabilnych warunkach płacowych,
- posiadanie zaplecza usprawniającego pracę, pozwalającego ponosić niższe koszty osobowe,
- posiadanie bazy w postaci zapleczy kontenerowych oraz leasingowanych środków transportu,
- środków łączności i brak opłat za połączenia wewnątrz sieci jednego operatora,
- wymienił znaczące w jego dorobku inwestycje, które uczestnicy konsorcjum nadzorowali, co pozwoliło na nabycie doświadczeń organizacyjnych, dających najlepsze efekty i wydajność pozwalającą na oszczędność kosztów,
- opracowane metodologie działania na poszczególnych stanowiskach dające efekty w postaci

obniżki ponoszonych kosztów.

Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy:

- jako duża skala prowadzonej działalności, (aktualnie 19 realizowanych kontraktów) co przy realizacji wielu kontraktów daje możliwość minimalizowania zysku na poszczególnych kontraktach, składających się na zysk ogólny i dodatni wynik prowadzonej działalności. Odwołujący zaznaczył, iż zaoferowana cena jest realna w istniejących warunkach rynkowych, gwarantuje zysk wykonawcy oraz należyte wywiązanie się z realizacji zamówienia.

31

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z uzasadnieniem tej czynności jakiej dokonał zamawiający. Do zamawiającego należy podanie dokładnego uzasadnienia z jakich przyczyn uznał wyjaśnienia wykonawcy złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp za niewystarczające, niewiarygodne, niepoświadczające, iż za zaoferowaną cenę wykonawca jest zdolny należycie wykonać zamówienie. Odwołujący w swoim wyjaśnieniu ujął właśnie takie czynniki, o których mówi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tj. obiektywnie istniejące i dostępne wykonawcy w sposób zindywidualizowany, biorąc pod uwagę warunki gospodarcze w jakich funkcjonuje jego przedsiębiorstwo, tak wewnętrzne jak i zewnętrzne.

Izba podzieliła pogląd odwołującego, iż skosztorysowanie nakładów planowanych do poniesienia przez wykonawcę (preliminarz kosztów) nie stanowi, iż jest to jedyna i właściwa metoda udowadniania rzetelności ceny oferty. Takie elementy jakie podał odwołujący, również mogą obrazować realny kształt zaoferowanej ceny, umożliwiającą należyte wykonanie zamówienia.

Wprawdzie każde przedsiębiorstwo obiektywnie stanowi zbiór czynników materialnych i niematerialnych, przy pomocy których podmiot prowadzi działalność, lecz skład i wielkość tych czynników są zróżnicowane. Także struktury organizacyjne, wypracowane metodologie działania istniejące u określonego wykonawcy, stanowiące jego dorobek i doświadczenia, przekładają się na dostępny dla danego wykonawcy zindywidualizowany sposób skalkulowania ceny oferowanej usługi.

Odwołujący przyznał, iż w swojej kalkulacji założył permanentną i wyłączną pracę przy tym kontrakcie specjalistów, wchodzących w skład zespołów, gdyż tak odczytał wskazania zamawiającego, co do zapewnienia ich bieżącej dostępności z wyłączeniem możliwości innych równoległych zatrudnień wskazanych osób. Koszty osobowe, co stanowi okoliczność przyznaną, w tego rodzaju usługach niematerialnych, do jakich należą usługi inżynierskie, stanowią podstawowy składnik kosztów. Zapewne i z tych przyczyn, przy założeniach jakie przyjął odwołujący, jego oferta okazała się niekonkurencyjna w stosunku do cen innych ofert złożonych w tym postępowaniu.

Reasumując, nie sposób również nie zauważyć paradoksalnej sytuacji, w której zamawiający uznał, iż konsorcjum przez niego wybrane Kolmen sp. z o.o. jest zdolne wykonać zamówienie za kwotę 23 453 894,88 zł., natomiast odwołujący nie jest zdolny wykonać tego samego zamówienia za ceną 52 913 420,43 zł.

Izba nie uwzględniła stanowiska zamawiającego, że przesądzające tą kwestię są wyłącznie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Już sam fakt, że zamawiający przyjął wyjaśnienia konsorcjum Kolmen, iż za kwotę 23 453 894,88 zł. można w sposób prawidłowy wykonać przedmiotowe zamówienie, świadczy logicznie o tym, iż tym bardziej za kwotę oferowaną przez odwołującego, ponad dwukrotnie wyższą, można zrealizować przedmiotowe

32

zamówienie. Również poziom szczegółowości wyjaśnień nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji, jak chciałby tego zamawiający.

Zamawiający według swego oświadczenia wystosował pismo o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny do wszystkich 10 wykonawców, którzy złożyli oferty. W związku z wykluczeniem 6 wykonawców poddał ocenie merytorycznej pozostałe cztery oferty. Odrzucając oferty: przystępującego - konsorcjum Mott MacDonald sp. z o.o. (cena 29 165 320 zł.) oraz ECM Group Polska sp. z o.o., które zaoferowało najniższą cenę 16 469 024 zł. nie podał, iż zawierają one rażąco niską cenę. Z tego wynika wniosek, iż wyjaśnienia odnośnie ceny ofert, złożone przez tych wykonawców zamawiający uznał za odpowiednie. Porównując wyjaśnienia złożone

przez konsorcjum Mott MacDonald sp. z o.o., Izba ustaliła, iż sposób ich sporządzenia nie odbiega od przedstawionego przez konsorcjum Kolmen, jak również konsorcjum odwołującego. Natomiast wyjaśnień udzielonych przez ECM Group Polska sp. z o.o. zamawiający Izbie nie udostępnił, nawet na rozprawie.

Odnosząc się do natomiast zarzutu naruszenia przez zamawiającego 22 ust 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wykonawca konsorcjum firm w składzie: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe HURTKOL sp. z o.o. nie spełnił podanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W dokumentach swojej oferty konsorcjum Kolmen wykazał swoje doświadczenie opierając się w części na usługach wykonanych przez Centralne Biuro Projektowe Budownictwa Kolejowego Kolprojekt sp. z o.o. Załączył zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia na rzecz konsorcjum Kolmen zasobu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w postaci doświadczenia w realizacji oznaczonych usług o następującej treści: „działając w imieniu spółki Centralne Biuro Projektowe Budownictwa Kolejowego Kolprojekt sp. z o.o. jako podwykonawca konsorcjum Kolmen zobowiązuję się niniejszym oddać do pełnej dyspozycji tego konsorcjum nasz zasób w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w postaci doświadczenia polegającego na zrealizowaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł. polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji lub budowy linii kolejowej przy czym usługa ta dotyczy robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 200 000 000,00 zł. tj. wymaganej zapisem SIWZ część I IDW pkt 8.4.1 w przedmiotowym postępowaniu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia. W przypadku

33

wygrania przetargu przez to konsorcjum, (tj. Kolmen) Kolprojekt sp. z o.o. zobowiązał się do zrealizowania części zamówienia określonego w SIWZ część II OPZ pkt 4.2, którego zakres obejmuje umowa podwykonawcza. Wymieniony punkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia określa ogólny zakres prac wymaganych od wykonawcy w zakresie nadzoru nad realizacją inwestycji, podpunkt 4.2 działania szczegółowe, zawiera opis ogólny usługi. Zatem zobowiązanie złożone na stronie 96 oferty konsorcjum Kolmen nawet nie odnosi się w sposób skonkretyzowany do tej części zamówienia, którą w załączniku nr 5 (str. 105 oferty) wybrane konsorcjum Kolmen oznaczyło do powierzenia podwykonawcy. Konsorcjum Kolmen w ślad za powyższym zobowiązaniem w załączniku według wzoru nr 5 do oferty zawarło oświadczenie, iż wykonawca Kolmen powierzy część zamówienia do podwykonania wyszczególnionych w punkt 9 SIWZ część III. Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj. objętych umowami zawartymi w wyniku przetargów nr 1 i 2, tj nadzór nad: zaprojektowaniem i wykonaniem linii kolejowych odcinek Podłęże – Bochnia oraz odcinek Bochnia - Biadolinie. Dane wynikające z porównania omawianych wyżej dokumentów nie pozostają w pełni spójne.

W związku z powzięciem informacji na temat sytuacji firmy Kolprojekt sp. z o.o., pismem z dnia 30 grudnia 2010 r. zamawiający wezwał konsorcjum Kolmen sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień sposobu i możliwości wykorzystania doświadczenia i udostępnianego przez firmę Kolprojekt zasobu, w związku ze złożonym przez ten podmiot wnioskiem o upadłość. W odpowiedzi na wymienione wezwanie z dnia 4 stycznia 2011 r., wykonawca wybrany - konsorcjum Kolmen przyznał fakt, iż podmiot udostępniający wiedzę i

Kolprojekt sp. z o.o. zgłosił wniosek własny o upadłość, stwierdzając doświadczenie jednocześnie, iż przesłanka negatywna uniemożliwiająca udział w postępowaniu określona w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp adresowana jest wyłącznie do wykonawcy składającego ofertę. Zatem nawet ogłoszenie upadłości podmiotu udostępniającego swe doświadczenie nie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy, który z tego potencjału zamierza skorzystać. Do wyjaśnień wykonawcy Kolmen zostało załączone stanowisko firmy Kolprojekt, który zaznaczył, iż dopiero wydanie postanowienia przez sąd o postawienie podmiotu w stan upadłości, wyłącznie obejmującej likwidację majątku upadłego, miałoby wpływ na postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego.

Taka sytuacja jak wyżej opisana świadczy, zdaniem Izby, że wykonawca którego oferta został wybrana nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W okolicznościach, gdy wykonawca zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego na zasadach określonych przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązanie tego podmiotu winno wyrażać w sposób jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym nawiązujące do specyfiki zamówienia i zakresu tego uczestnictwa.

34

W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, jak np. doświadczenie, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez bezpośredniego zaangażowania danego podmiotu w wykonanie zamówienia, dokument udostępnienia zasobu powinien zawierać wiążące zadeklarowanie uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Przy czym realność tego uczestnictwa, musi zostać wykazana w sposób podany przez zamawiającego. Z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika wprost, że udostępnienie zasobów trzeciego przedsiębiorcy musi nastąpić na okres wykonywania zamówienia. Takie też dyspozycje zawierała specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Ponadto zgodnie z przepisem § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zamawiający jest uprawniony aby żądać od wykonawcy dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia, odnoszących się do podmiotu udostępniającego potencjał, który będzie brał udział w wykonywaniu części zamówienia, w tym - w zakresie braku podstaw do wykluczenia.

Należało więc przyznać rację odwołującemu, że w przypadku, gdy przedsiębiorca zobowiązujący się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, składa wniosek o ogłoszenie upadłości, nie można przyjąć, że takie oświadczenie zapewnia uczestnictwo i udostępnienie wiedzy i doświadczenia na czas wykonania zamówienia, którego realizacja finalnie przewidziana jest do lutego 2016 r. Przedsiębiorca składający własny wniosek o ogłoszenie upadłości, niezależnie od tego, czy wniosek dotyczy upadłości likwidacyjnej lub z możliwością zawarcia układu, nie daje realnego zapewnienia, że przez cały okres wykonywania zamówienia przez konsorcjum Kolmen, pozostanie do jego dyspozycji. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że złożenie wniosku własnego o upadłość wyraża przekonanie przedsiębiorcy, że sytuacja majątkowa tego podmiotu gospodarczego, nie pozwala na pełne wywiązywanie się z istniejących zobowiązań, a dalsze warunki prowadzenia działalności gospodarczej są trudne do prognozowania. Przepis art. 24 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp, dopuszczający do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawców, którzy zawarli układ z wierzycielami pod warunkiem, iż nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, nie odnosi się wprost do podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał na rzecz wykonawcy. Jednakże ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie ograniczył się do postawienia wymogu, jak w przypadku wykonawcy, aby warunki udziału zostały spełnione na dzień złożenia oferty, ale nałożył obowiązek aby podmiot udostępniający, z góry zobowiązał się do oznaczonego świadczenia w postaci oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiednich zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Należało więc uznać, że przedsiębiorca, który uprzednio złożył wniosek o ogłoszenie upadłości, na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie może zobowiązać, że w całym okresie

35

wykonywania zamówienia przez konsorcjum Kolmen pozostanie do jego dyspozycji. Procedury regulujące postępowanie upadłościowe i układowe, mają na celu w pierwszym rzędzie zaspokojenie wierzycieli dłużnika, w tym poprzez sprzedaż jego aktywów, nawet służących wykonywaniu działalności. Słaba kondycja finansowa podmiotu, brak płynności finansowej, niewypłacalność, z powodu których zgłasza się wniosek o upadłość, bez względu na to, czy z możliwością zawarcia układu z wierzycielami, przekłada się na ograniczenia w bieżącej działalności i możliwość realizacji nowych kontraktów. Ponadto przedsiębiorca może zostać ograniczony bądź pozbawiony prawa do podejmowania decyzji dotyczących przedsiębiorstwa, na rzecz innych organów, np. syndyka, nadzorcy, sądu, czy rady wierzycieli. Zdaniem Izby, udostępnienie zasobów innego przedsiębiorcy w zakresie wiedzy i doświadczenia musi mieć

charakter realny do spełnienia, przynajmniej w czasie w którym zostało zaoferowane.

Izba uznała, że zachodzi prawdopodobieństwo, że zawarty w aktach postępowania wniosek z dnia 3 marca 2011 r. złożony przez Centralne Biuro Projektowe Budownictwa Kolejowego Kolprojekt sp. z o.o. - cofnięcie wniosku dłużnika o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu, został złożony w związku z zaangażowaniem się firmy Kolprojekt w pozyskanie kontraktu będącego przedmiotem zamówienia przez konsorcjum Kolmen. Zatem postanowienie Sądu Rejonowego w Warszawie sygn. akt IX GU 94/10 o umorzeniu postępowania w sprawie z wniosku dłużnika z dnia 29 października 2010 r. o ogłoszenie upadłości, nie świadczy o tym, że kondycja firmy Kolprojekt uległa zmianie i pozwala na zaciąganie wieloletnich zobowiązań.

Ponadto zamawiający zobowiązany był oceniać oferty według stanu na dzień ich złożenia o czym wyraźnie postanowił w SMZ.

W opisanej sytuacji, dokument z dnia 22 października 2010 r. o udostępnieniu zasobów przez Kolprojekt, wykaz usług referencyjnych wraz z dokumentami poświadczającymi należyte wykonanie tych usług przez Kolprojekt, nie może być podstawą przyjęcia, że wykonawca konsorcjum Kolmen spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp.

Zanim jednak zamawiający będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy konsorcjum Kolmen z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jako takiego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, winien wyczerpać obligatoryjną procedurę określoną art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę - konsorcjum: Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A.; Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe HURTKOL sp. z o.o. do uzupełnienia wadliwych dokumentów podmiotowych w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba miała na uwadze, że konsorcjum Kolmen było już wzywane w dniu 30 grudnia 2010 r. z powołaniem się przez zamawiającego na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia „niżej wymienionych dokumentów i wyjaśnień.” Treść tego wezwania świadczy, w ocenie Izby, iż dotyczyło ono złożenia wyjaśnień na temat tego, czy deklaracja o udostępnieniu doświadczenia

36

przez firmę Kolprojekt jest możliwa do realizacji wobec faktu, że podmiot ten złożył wniosek o upadłość. „Biorąc pod uwagę odległą perspektywę czasową realizacji kontraktu, zamawiający powziął uzasadnione podejrzenie, że złożona deklaracja jest niemożliwa do realizacji.”

Wyjaśnienie miało dotyczyć „sposobu i możliwości wykorzystania doświadczenia udostępnianego przez firmę Kolprojekt.”

Zdaniem Izby, mimo, że procedura wzywania wykonawcy o uzupełnienie dokumentów jest jednokrotna, to dotychczas nie została ona wyczerpana względem wykonawcy konsorcjum Kolmen, gdyż wezwanie przytaczane wyżej dotyczyło w istocie złożenia wyjaśnień.

Postępowanie dowodowe w sprawie potwierdziło zasadności czynionych

zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj:

1. naruszenia art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ustęp 2b ustawy Pzp wskutek tego, że zamawiający przyjął, iż wykonawca ubiegający się zamówienie publiczne - konsorcjum Kolmen - może wykazać swoją zdolność do wykonania zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie zobowiązania osoby trzeciej - Centralnego Biura Projektowe Badawczego Budownictwa Kolejowego "Kolprojekt" sp. z o.o. z dnia 22 października 2010 r.;
2. naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez to, że zamawiający przyjął, że wyjaśnienia odwołującego złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie są wystarczające i nie czynią zadość wymogom art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp w związku z tym, że zamawiający przyjął, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską oraz
3. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez uchybienie zasadom równego traktowania wykonawców, w konsekwencji stwierdzenia ww. naruszeń ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do przyjęcia, że materiał dowodowy sprawy potwierdzał zasadność stawianych zarzutów:

1. naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez to, że zamawiający przyjął wyjaśnienia konsorcjum Kolmen odnośnie ceny za wystarczające i czyniące zadość wymogom art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
2. naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp w związku z tym, że zamawiający przyjął,

iż cena zaoferowana przez konsorcjum Kolmen nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp w związku z tym, że zamawiający przyjął, że treść oferty konsorcjum Kolmen odpowiada treści SMWZ w zakresie zapewnienia stałego personelu na budowie.

Natomiast zarzut naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez to, że zamawiający w

37

danych okolicznościach sprawy i przy poziomie cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców wezwał odwołującego do składania wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny nie mając ku temu żadnych podstaw, Izba uznała za spóźniony i nie podlegający rozpoznaniu odpowiednio na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż mimo, że oferta odwołującego zawiera najwyższą cenę, w sytuacji nakazanej ponownej oceny ofert w zależności od dalszego przebiegu postępowania, możliwy jest jeszcze wybór oferty odwołującego, tym samym przyjęła, że stwierdzone naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, mogą mieć jeszcze wpływ na wynik prowadzonego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 16 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu – 15 000,00 zł. oraz kwotę 1 000, 00 zł tytułem zastępstwa przez pełnomocnika (uwzględniając okoliczność, iż pełnomocnik uczestniczył jedynie w części posiedzenia Izby w danej sprawie), w oparciu o złożony rachunek, na podstawie § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

38

39