

Sygn. akt: **KIO/UZP 7/08,**

KIO/UZP 11/08

WYROK
z dnia 05.02.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31.01.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **16.01.2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Deloitte Business Consulting S.A., Deloitte Advisory Sp. z o.o., Metroprojekt Praha a.s., Warszawa, ul. Piękna 18

B. Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., Warszawa, ul. Puławska 182

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego (ZTM), w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o.** protestów:

A Konsorcjum: Deloitte Business Consulting S.A., Deloitte Advisory Sp. z o.o., Metroprojekt Praha a.s., Warszawa, ul. Piękna 18 z dnia 20.12.2007 r.

B Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., Warszawa, ul. Puławska 182 z dnia 20.12.2007 r.

przy udziale **Konsorcjum: Poyry Infra GmbH, Pauser ZT – GmbH, Alte Vogtei Rotterlnweiler 22, DE 79541 Lorrach, Niemcy i Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o.,**

EGIS RAIL S.A., Warszawa, ul. Puławska 182 zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie wniesione przez Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A.

Uwzględnia odwołanie Konsorcjum: Deloitte Business Consulting S.A., Deloitte Advisory Sp. z o.o., Metroprojekt Praha a.s.i unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego (ZTM), w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o. i Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., Warszawa, ul. Puławska 182

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Deloitte Business Consulting S.A., Deloitte Advisory Sp. z o.o., Metroprojekt Praha a.s., Warszawa, ul. Piękna 18.**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: . dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., Warszawa, ul. Puławska 182.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego (ZTM), w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o. na rzecz Konsorcjum: Deloitte Business Consulting S.A., Deloitte Advisory Sp. z o.o., Metroprojekt Praha a.s.,**

Warszawa, ul. Piękna 18., stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.

B kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx.

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

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

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

4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Deloitte Business Consulting S.A., Deloitte Advisory Sp. z o.o., Metroprojekt Praha a.s., Warszawa, ul. Piękna 18.**

B kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., Warszawa, ul. Puławska 182.**

Uzasadnienie

Skład orzekający Izby rozpoznał odwołania:

1) Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, EGIS RAIL S.A., 25 Cours Emile Zola, 69100 Villeurbanne, Francja oraz

2) Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider Konsorcjum),

ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa, Deloitte Advisory Sp. z o.o., ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa, Metroprojekt Praha a.s., I.P. Pavlova 2/1786, 120 00 Praha 2,

wniesione do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 184 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1665), zwanej dalej „pzp” lub „ustawą” ,

złożone w prowadzonym przez Miasto st. Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o. – zwane dalej „Zamawiającym”, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie studium wykonalności (*Feasibility Study*) budowy II linii metra w Warszawie”.

Wniesione odwołania zostały łącznie rozpoznane, zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.01.2008 r.

Rozpoznając odwołania skład orzekający Izby ustalił.

W dniu 13.12.2007 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH z Niemiec (Lider konsorcjum) i Pauser ZT-GmbH z Austrii, zwane dalej „Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH (Lider)” oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

W zawiadomieniu tym zawarto informację, iż Zamawiający odrzucił na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ofertę Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i EGIS RAIL S.A. „ponieważ w złożonych wyjaśnieniach firma nie wskazała obiektywnych czynników w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia bądź rozwiązań technicznych, które wpływałyby na możliwość wykonania zamówienia przy tak niskiej cenie”.

W dniu 20.12.2007 r. do Zamawiającego wpłynęły protesty:

1) Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, EGIS RAIL S.A., 25 Cours Emile Zola, 69100 Villeurbanne, Francja – zwane dalej „Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider)” lub „Odwołującym I”, oraz

2) Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider Konsorcjum),

ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa, Deloitte Advisory Sp. z o.o., ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa, Metroprojekt Praha a.s., I.P. Pavlova 2/1786, 120 00 Praha 2 – zwane dalej „Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider)” lub „Odwołującym II”.

1. W proteście **Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider)** zawarto zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nie podanie w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Protestującego,
- 2) naruszenia art. 6 k.c. w związku z art. 14 Pzp poprzez nie dochowanie przez zamawiającego należytej staranności przy ocenie oferty Protestującego i naruszenie przez Zamawiającego zasady ciężaru dowodu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez przyjęcie, iż cena podana przez Protestującego w jego ofercie jest rażąco niską,
- 4) art. 38 ust. 4 Pzp poprzez zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienia odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, pomimo, iż oferty części wykonawców nie budziły jego zastrzeżeń, co w istocie doprowadziło do uzupełnienia ofert wykonawców o elementy nie przewidziane w SIWZ.

Jednocześnie, składający protest wniósł o:

- uchylenie zaskarżonej czynności Zamawiającego,
- dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, w szczególności oferty oraz stanowiącej jej element ceny zaoferowanej przez Protestującego.

W uzasadnieniu protestu Konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider) podniosło, iż stanowisko Zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistym stanie faktycznym i prawnym sprawy, gdyż:

- 1) Zamawiający nie wskazał, wbrew dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, faktycznych podstaw swej decyzji, bowiem powołując się na zapis art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stwierdził jedynie, iż *„w złożonych wyjaśnieniach firma nie wskazała obiektywnych czynników w szczególności oszczędności metody wykonywania zamówienia bądź rozwiązań technicznych, które wpływałyby na możliwość wykonania zamówienia przy tak niskiej cenie”*. Poprzez nie odniesienie się do stanu faktycznego sprawy i nie wskazanie czym kierował się przy podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający – w ocenie Odwołującego – w istotny sposób utrudnił Odwołującemu merytoryczne odniesienie się do stawianego mu zarzutu.

2) W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 6 k.c. w związku z art. 14 Pzp poprzez nie dochowanie należytej staranności przy ocenie oferty Odwołującego i naruszenie zasady ciężaru dowodu. Odwołujący zarzucił, iż w świetle powołanych wyżej przepisów ciężar udowodnienia istnienia podstaw do odrzucenia oferty spoczywa na Zamawiającym, a podstawą odrzucenia oferty nie może być twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał słuszności, czy też prawidłowości przyjętych przez siebie wyliczeń poszczególnych składników ceny ofertowej. Podniósł, iż w świetle przepisów art. 90 ust. 2 i 3 Pzp Zamawiający obowiązany był dokonać rzetelnej oceny oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie przeprowadził żadnego postępowania dowodowego, które potwierdziłoby jego przypuszczenie o braku możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za cenę zaproponowaną przez Odwołującego oraz, że cena ta ma charakter ceny rażąco niskiej.

3) Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku uznania, iż przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazując sposób, w jaki rozumie pojęcie „rażąco niskiej ceny”, poniósł przede wszystkim, iż:

„Protestujący w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu wielokrotnie podkreślał, iż zaoferowana przez niego cena nie odbiega znacząco od średniej rynkowej ceny za wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia, w tym również od cen, za jakie Protestujący wykonuje podobne zlecenia dla innych podmiotów krajowych i zagranicznych. Protestujący podkreślał także, iż możliwość zaoferowania przez niego ceny niższej od ceny oferowanej przez innych wykonawców wynika z wielu okoliczności, w tym z faktu, iż Protestujący dysponuje wieloletnim doświadczeniem w wykonywaniu tego typu usług i zatrudnia wysoko wykwalifikowanych pracowników, co pozwala mu zredukować ilość roboczogodzin przeznaczonych na wykonanie zamówienia, a co za tym idzie obniżyć koszty własne związane z realizacją zamówienia.(...) Protestujący wskazywał także, iż brał on udział we wcześniejszym konkursie na opracowanie koncepcji odcinka centralnego II linii metra w Warszawie, stąd też dysponował już częścią materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i ich koszty nie były uwzględniane w oferowanej cenie. Nie bez znaczenia jest i fakt, że niejasne sformułowanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego oraz lakoniczne wyjaśnienia Zamawiającego udzielane w odpowiedzi na pytania Wykonawców do SIWZ spowodowały, iż Wykonawcy bardzo różnie kalkulowali cenę za wariant A i wariant B. Protestujący podkreślał, iż on potraktował wariant A jako element szerszego wariantu B, przez co część prac wykonywanych przez niego miała być wspólna dla obu wariantów, co zmniejszało koszty wykonania zamówienia.”

Odwołujący podniósł ponadto, iż SIWZ „nie stanowiła wprost, iż cena za wykonanie przedmiotu niniejszego zamówienia jest ceną ryczałtową, jednakże zapis pkt 19.1 SIWZ stanowiący, iż cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, pozwala przyjąć, że w istocie cena ta ma właśnie taki charakter (...).”

4) Odnośnie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4 i art. 90 ust. 1 Pzp Odwołujący podniósł, iż „Zamawiający po otwarciu ofert zwrócił się do wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu o przedstawienie „zestawienia kalkulacji cenowych chcących jednoznacznie określić wszystkie elementy składające się na cenę.(...) Zamawiający nie zawierając w SIWZ warunku przedstawienia przez Wykonawców kalkulacji oferowanej przez nich ceny utracił możliwość żądania takiego wyliczenia na dalszych etapach postępowania, w tym zwłaszcza w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. (...) Wskazany przepis nie daje (...) Zamawiającemu uprawnienia do wystąpienia z takim wnioskiem w stosunku do tych wykonawców, którzy zaoferowali cenę nie budzącą podejrzania, iż może to być „rażąco niska cena”. Dlatego też, zdaniem Odwołującego, bezpodstawne było żądanie udzielenia wyjaśnień w tym zakresie np. przez Wykonawcę TINA Vienna Transport, który – jako jeden z nielicznych - zaoferował cenę zbliżoną do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego.

Ponadto, wobec określenia przez art. 90 ust. 1 Pzp zakresu dozwolonego żądania do udzielenia wyjaśnień dotyczących „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”, niedopuszczalne jest doprowadzenie „do uzupełnienia przez wszystkich Wykonawców ich ofert o elementy nie wymagane przez SIWZ, czy też „naprawienia” błędów Zamawiającego dotyczących kalkulacji przyjętej przez niego wartości zamówienia. Jest to o tyle istotne w niniejszej sprawie, iż przyjęcie w SIWZ ryczałtowego charakteru ceny ofertowej powoduje, iż Zamawiający powinien traktować cenę ofertową jako pewną całość i dla oceny jej nie ma znaczenia sposób dochodzenia przez wykonawcę do jej kształtu określonego w ofercie”.

Zdaniem Odwołującego, żądanie Zamawiającego odnośnie udzielenia wyjaśnień przez Odwołującego, wykraczało poza wyjaśnienia dotyczące „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” i dotyczyło wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż określenie przez Zamawiającego ceny ofertowej jako ceny ryczałtowej miało wpływ na sposób przygotowania przez Odwołującego wyliczeń będących podstawą do określenia jego ceny ofertowej. „Późniejsze żądanie przedstawienia wyliczeń poszczególnych roboczogodzin i stawki za nie, gdy Protestujący prowadził negocjacje z ewentualnymi podwykonawcami także na zasadzie wynagrodzenia ryczałtowego, spowodowało, iż nie był on w stanie w sposób prawidłowy i precyzyjny wywiązać się z tego zobowiązania, a jego wyjaśnienia mogły dotyczyć jedynie przyjętego przez niego pierwotnie

sposobu wyliczenia ceny ofertowej”. Odwołujący zaznaczył, iż w korespondencji Zamawiający niezasadnie wskazywał na „nieprawidłowości w sposobie obliczenia przez niego roboczogodzin”, pomimo, iż - zdaniem Odwołującego - „ilość roboczogodzin nie była dla Odwołującego podstawowym kryterium określenia ceny ofertowej, czy też podstawą negocjacji prowadzonych z podwykonawcami.” Według Odwołującego, z charakteru zażądanych przez Zamawiającego informacji (zestawienie) wynika, iż Zamawiający ocenił poszczególne oferty wyłącznie przez porównanie cen oferowanych przez poszczególnych Wykonawców bazując na niejasnych kryteriach ich kalkulacji nie wynikających ani z SIWZ, ani nawet z doświadczenia życiowego.

W dniu 21.12.2007 r. do postępowania toczącego się w wyniku protestu przystąpiło, po stronie Zamawiającego, Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH (Lider) z żądaniem:

- 1) odrzucenia protestu wniesionego przez Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider), na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp w części zawierającej zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 i art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienia odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, pomimo, iż oferty niektórych wykonawców nie budziły zastrzeżeń;
- 2) oddalenia protestu Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider), w pozostałym zakresie.

Pismem z dnia 28.12.2007 r. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu podał, że:

- 1) Wobec stwierdzenia, że cena oferty Odwołującego stanowi 19,6% wartości przedmiotu zamówienia, Zamawiający wszczął, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, procedurę w celu ustalenia, czy oferta Odwołującego, a także oferta innego wykonawcy, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z tym zwrócił się do Odwołującego pismami z dnia 30.10.2007 r. oraz 23.11.2007 r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacji ceny oferty, w tym m.in. pracochłonności wykonania zamówienia;
- 2) W świetle pism skierowanych do Odwołującego oraz informacji z dnia 20.12.2007 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego nie można czynić Zamawiającemu zarzutu nie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, co stanowi – jak błędnie wskazał Odwołujący - naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp;
- 3) Nie może zgodzić się z zarzutem naruszenia przepisu art. 6 k.c., gdyż przeprowadził postępowanie wyjaśniające, w wyniku którego ustalił, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;

4) Bezpodstawny jest zarzut naruszenia przepisów art. 38 ust. 4 oraz art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienia odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jednakże, ze względu na okoliczność, że o tej czynności Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu 30.10.2007 r., protest w tej części podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp, gdyż został wniesiony po terminie.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia wykonawców zostały udzielone po złożeniu ofert i w żaden sposób nie spowodowały modyfikacji treści SIWZ, co czyni bezzasadnym zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 Pzp.

Od rozstrzygnięcia protestu oddalającego protest, Konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider) wniosło w dniu 02.01.2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymało zarzuty z protestu i wniosło o:

- unieważnienie zaskarżonych czynności Zamawiającego,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w szczególności oferty oraz stanowiącej jej element ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu - Konsorcjum: Poyry Infra GmbH – Lider, Pauser ZT GmbH.

W wyniku rozpatrzenia na rozprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o oraz EGIS RAIL S.A. Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

1) Bezpodstawnym okazał się zarzut, iż Zamawiający nie wskazał, wbrew dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 (w świetle opisanego zarzutu winno być: art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp), faktycznych podstaw swej decyzji, bowiem powołując się na zapis art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stwierdził jedynie, iż „w złożonych wyjaśnieniach firma nie wskazała obiektywnych czynników w szczególności oszczędności metody wykonywania zamówienia bądź rozwiązań technicznych, które wpływałyby na możliwość wykonania zamówienia przy tak niskiej cenie”, a poprzez nie odniesienie się do stanu faktycznego sprawy i nie wskazanie czym kierował się przy podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający – w ocenie Odwołującego się – w istotny sposób utrudnił Odwołującemu merytoryczne odniesienie się do stawianego mu zarzutu.

W ocenie Składu orzekającego Izby, informacje jakie Zamawiający zawarł w piśmie z dnia 13.12.2007 r. czynią zadość wymogowi przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek zawiadomienia, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej

oferty, wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. Z uzasadnienia faktycznego (i prawnego) podanego w zawiadomieniu wynika, w sposób nie budzący wątpliwości, iż Zamawiający odrzucił przedmiotową ofertę w wyniku ustalenia, że zawiera rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że ustalenia tego dokonał w oparciu o ocenę wyjaśnień Odwołującego, który nie wskazał „obiektywnych czynników w szczególności oszczędności metody wykonywania zamówienia bądź rozwiązań technicznych, które wpływałyby na możliwość wykonania zamówienia przy tak niskiej cenie”. Do stanu faktycznego sprawy Zamawiający odnosił się szczegółowo w pismach z dnia 30.10.2007 r. i z dnia 23.11.2007 r. (w którym dokonał oceny otrzymanych od Odwołującego wyjaśnień), przesłanych Odwołującemu na okoliczność badania oferty Zamawiającego. Potwierdził to również Odwołujący w uzasadnieniu protestu i odwołania, wskazując na fakt otrzymania i treść pism Zamawiającego.

2) Za nie zasługujący na uwzględnienie okazał się zarzut naruszenia art. 6 k.c. w związku z art. 14 Pzp poprzez nie dochowanie należytej staranności przy ocenie oferty Odwołującego i naruszenie zasady ciężaru dowodu, jak również zarzut odrzucenia oferty z naruszeniem art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez nie dokonanie rzetelnej oceny oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Jako bezpodstawny uznany został zarzut, iż „Zamawiający nie przeprowadził żadnego postępowania dowodowego, które potwierdziłoby jego przypuszczenie, iż nie istnieje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za cenę zaproponowaną przez Konsorcjum oraz, że cena ta ma charakter ceny rażąco niskiej”.

Rozstrzygnięcie o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający poprzedził badaniem oferty i przeprowadził postępowanie w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, do czego był uprawniony, i równocześnie zobowiązany, na podstawie art. 90 ust. 1 – 3 Pzp. Poprzez zwrócenie się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający nie przerzucił na Odwołującego, ani innych wykonawców, ciężaru ustalenia, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Postępowanie w celu ustalenia, czy zaoferowana cena jest rażąco niską przeprowadził Odwołujący. Oceniał zarówno wyjaśnienia wykonawców, jak również oparł się na opinii biegłych i innych dokumentach.

W świetle powyższych ustaleń, Skład orzekający Izby ocenił jako bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 6 K.c. stanowiącego, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (mający zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 Pzp).

Na podstawie dowodów przedłożonych na rozprawie, w szczególności protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, wraz z załącznikami oraz wyjaśnień i oświadczeń stron postępowania odwoławczego wynika, w sposób nie budzący wątpliwości, iż bezpodstawnym jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. Ustalenia i ocenę w tym zakresie zawiera poprzedzająca część uzasadnienia wyroku Izby i następna.

3) Rozpoznając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku uznania, iż przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający, wobec uzasadnionych wątpliwości, iż cena oferty Odwołującego zawiera rażąco niską cenę wszczął procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Pzp.

Pismem z dnia 30.10.2007 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego „o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacji ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Kalkulacja powinna jednoznacznie określać wszystkie elementy składające się na zaproponowaną (...) cenę, w tym m.in. pracochłonność i koszt wykonania poszczególnych analiz oraz koszty wykonania dokumentacji geologicznej, zgodnie z załączonym drukiem”.

W wyznaczonym terminie wykonawcy udzielili pisemne wyjaśnienia.

Pismem z dnia 23.11.2007 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień. Stwierdził bowiem, „że nie jest możliwe wykonanie zamówienia przy podanej przez Państwa pracochłonności 21.926 rbh.” Dlatego, zwrócił się „o przedstawienie uszczegółowionego zestawienia pracochłonności wykonanych prac objętych pozycjami:

- 1.8. Analiza techniczna oraz alternatywne technologie
3. Przekroje podłużne metra.”

Zamawiający, w celu ustalenia czy podane przez Wykonawców ceny nie są rażąco niskie, sporządził tabelaryczne zestawienie podanych przez wykonawców pracochłonności i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, z zestawienia wynikało, że ceny ofert Odwołującego oraz Konsorcjum firm: SENER Sp. z o.o., SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. i Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum SENER”) rażąco odbiegały zarówno od wyceny inwestorskiej, jak i od cen podanych przez pozostałych wykonawców. Również pracochłonność podana w tych ofertach znacznie się różniła od pracochłonności określonej w ofertach innych wykonawców.

Cena podana w ofercie Odwołującego stanowi 19,6% wyceny inwestorskiej i 32% średniej ceny pozostałych czterech ofert, nie uwzględniając cen zaoferowanych przez Odwołującego i Konsorcjum SENER (bez kosztów wykonania dokumentacji geologicznej).

Pracochłonność w ofercie Odwołującego stanowi 45% pracochłonności wykazanej w wyjaśnieniach pozostałych czterech wykonawców, tj. nie uwzględniając ofert złożonych przez Odwołującego i Konsorcjum SENER.

W wyniku analizy treści wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego Komisja Przetargowa Zamawiającego, w protokole nr 3 z dnia 30.11.2007 r. stwierdziła, że Odwołujący nie wskazał obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia bądź rozwiązań technicznych, które wpływałyby na możliwość wykonania zamówienia przy tak niskiej cenie.

Zamawiający zlecił Izbie Projektowania Budowlanego w Warszawie opracowanie opinii na okoliczność czy oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie zawierają rażąco niską cenę. W opinii z dnia 17.12.2007 r. biegli z ww. Izby zawarli ocenę, iż oferta Odwołującego (i Konsorcjum SENER) zawiera cenę rażąco niską, a jej wybór wiązałby się z ryzykiem, że przedmiot zamówienia nie zostanie wykonany na właściwym poziomie jakościowym.

Biegli skalkulowali przewidywany koszt wykonania zamówienia – Studium Wykonalności na kwotę brutto 20.340.000 zł.

W wyniku zbadania pracochłonności podanej w ofertach stwierdzili, iż pracochłonność określona w ofercie Odwołującego wynosi 21.926 rob. godz., wyraźnie odbiega od średniej pracochłonności dla 6 analizowanych ofert i stanowi zaledwie 54,6% do średniej z 6 ofert.

W świetle powyższych ustaleń nie znajduje podstaw twierdzenie Odwołującego, iż zaoferowana przez niego cena (10.286.887,50 zł) nie odbiega znacząco od średniej rynkowej ceny za wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia.

Biorąc za punkt odniesienia ceny złożonych ofert, brutto: Odwołującego - 10.286.887,50 zł oraz innych ofert: 11.934.281,00 zł, 17.690.000,00 zł, 19.034.000,00 zł, 23.399.600,00 zł, 23.399.600,00 zł, 27.906.755,00 zł, a także skalkulowany przez biegłych przewidywany koszt wykonania usługi - 20.340.000 zł, jak również argumenty przytoczone przez Strony postępowania protestacyjno-odwoławczego Skład orzekający Izby stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie jest zasadny.

4) Bezpodstawny jest zarzut naruszenia przepisów art. 38 ust. 4 oraz art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienia odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jednakże, ze względu na okoliczność, że o tej czynności Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu 30.10.2007 r., protest w tej części podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp, gdyż został wniesiony po terminie.

2. W proteście Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider Konsorcjum), Deloitte Advisory Sp. z o.o, Metroprojekt Praha a.s – zwanym dalej: „Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider)” zawarto zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp: art. 7 ust. 1, art. 14, art. 22 ust.1 pkt 4, art. 23 ust. 2, art. 91 ust.1;

1) zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających zamówienia publicznego firm Poyry Infra GmbH i Pauser ZT GmbH oraz odrzucenia ich oferty ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ w zakresie braku wymaganego dokumentu pełnomocnictwa i niezgodności tego dokumentu z ustawą, na podstawie art. 23 ust. 2 Pzp;

2) zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego firm EGIS Poland Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A. oraz odrzucenia ich oferty ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ w zakresie braku wymaganego dokumentu pełnomocnictwa i niezgodności tego dokumentu z ustawą, na podstawie art. 23 ust. 2 Pzp;

3) zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego firm SENER Sp. z o.o., SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. i Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. oraz odrzucenia ich oferty ze względu na podleganie wykluczeniu w zakresie braku wymaganej reprezentacji w odniesieniu do wystawionego dokumentu pełnomocnictwa i niezgodność tego dokumentu z ustawą, na podstawie art. 23 ust. 2 i art. 14 odnoszącego się do Kodeksu Cywilnego w zakresie ustanawiania pełnomocnictwa;

4) przeprowadzenia naruszających zasadę zachowania uczciwej konkurencji i niezgodnych z SIWZ oraz ustawą ocen Konsorcjum Metroprojekt Praha a.s., Deloitte Advisory Sp. z o.o.

i Deloitte Business Consulting S.A. oraz firm Poyry Infra GmbH i Pauser ZT GmbH w odniesieniu do kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ, na podstawie art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Podnosząc zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów: art. 7 ust. 1, art. 14, art. 22 ust.1 pkt 4, art. 23 ust. 2, art. 91 ust.1Pzp, składający protest wniósł o dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej poprzez:

- 1) przeprowadzenie powtórnej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider) i/lub przeprowadzenie powtórnej oceny oferty Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH (Lider),
- 2) przeprowadzenie powtórnej oceny oferty Konsorcjum firm EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider);
- 3) przeprowadzenie powtórnej oceny oferty Konsorcjum firm: SENER Sp. z o.o.;
- 4) wykluczenie z postępowania przetargowego wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1) Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH (Lider) oraz odrzucenie jego oferty, 2) Konsorcjum firm EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider), 3) Konsorcjum firm: SENER Sp. z o.o.;
- 5) uznanie oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider) za najkorzystniejszą pod względem kryteriów oceny ofert określonych w przedmiotowym postępowaniu przetargowym;
- 6) poinformowanie wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider).

W dniu 21.12.2007 r. do postępowania toczącego się w wyniku protestu przystąpiło Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH (Lider), Pauser ZT GmbH oraz Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider).

Pismem z dnia 28.12.2007 r. Zamawiający oddalił protest.

Od rozstrzygnięcia protestu oddalającego protest, Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider) wniosło w dniu 04.01.2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymało zarzuty z protestu i wniosło o spowodowanie przeprowadzenia czynności określonych, jak w proteście.

Do postępowania odwoławczego przystąpili uczestnicy postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu: Konsorcjum firm: Pory Infra GmbH (Lider) oraz Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider).

W wyniku rozpatrzenia na rozprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider Konsorcjum), Deloitte Advisory Sp. z o.o., Metroprojekt Praha a.s Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

1. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających zamówienia publicznego firm Pory Infra GmbH i Pauser ZT GmbH oraz odrzucenia ich oferty ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ w zakresie braku wymaganego dokumentu pełnomocnictwa i niezgodności tego dokumentu z ustawą, na podstawie art. 23 ust. 2 Pzp, nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił:

Na mocy pełnomocnictwa z dnia 05.09.2007 r. wykonawca Pauser ZT-GmbH ustanowił wykonawcę Pory Infra GmbH liderem (pełnomocnikiem) Konsorcjum wyżej wymienionych firm, wskazując jednocześnie konkretną osobę, tj. Pana Karlheinz Kaufelda – prokurenta Pory Infra GmbH jako osobę upoważnioną do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wykonanie Studium Wykonalności (Feasibility Study) budowy II linii metra w Warszawie, w tym do złożenia oferty („do reprezentowania i do podpisania wyżej wymienionego projektu, do udziału w naradach i pertraktacjach, do udzielania i przyjmowania wszelkich koniecznych oświadczeń. W przypadku zaistnienia wątpliwości pełnomocnictwo to należy interpretować w sposób szeroki celem osiągnięcia wyznaczonego zamysłu”).

Pełnomocnictwo udzielone prokurentowi Panu Kaufeld upoważniało go do działania zarówno w imieniu wykonawcy Pauser ZT-GmbH – na mocy tego pełnomocnictwa, jak i wykonawcy Pory Infra GmbH – na mocy art. 109¹ § 1 K.c. Zgodnie z powołanym przepisem, prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że zgodnie z § 2, nie można ograniczyć prokury ze skutkiem wobec osób trzecich, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.

W tej sytuacji, pełnomocnictwo udzielone przez prezesa Pory Infra GmbH dla Pana Kaufelda – prokurenta tej Spółki, należy traktować jedynie jako akt wewnętrzny, wskazujący pana Kaufelda jako osobę upoważnioną do złożenia oświadczenia woli w imieniu Pory Infra GmbH, gdyż prokura Pana Kaufelda nie była samoistna. Pory Infra GmbH przecież, już na

mocy wcześniej udzielonego pełnomocnictwa stała się liderem (pełnomocnikiem) Konsorcjum. Celem tego drugiego pełnomocnictwa z dnia 27.09.2007 r. było jedynie umocowanie Pana Kaufelda do podpisania oferty również w imieniu Pory Infra GmbH.

W ocenie Składu orzekającego Izby, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnili przewidziany w art. 23 ust. 2 Pzp wymóg ustanowienia pełnomocnika.

2. Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego firm EGIS Poland Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A. oraz odrzucenia ich oferty ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ w zakresie braku wymaganego dokumentu pełnomocnictwa i niezgodności tego dokumentu z ustawą, na podstawie art. 23 ust. 2 Pzp, Skład orzekający Izby ustalił:

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zawarł uszczegółowienie zarzutu:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, firmy EGIS Poland Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A. w złożonej ofercie, podpisanej przez Panią Agatę Czarkowską, nie złożyli stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania firmy EGIS RAIL S.A. przez Panią Agatę Czarkowską. Z żadnych dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że Pani Agata Czarkowska ma prawo reprezentować firmę EGIS RAIL S.A. w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w ramach wspólnie składanej oferty z firmą EGIS Poland Sp. z o.o. Wskazane jest jedynie upoważnienie dla spółki NEXEL POLSKA Sp. z o.o., która nie jest ani wykonawcą składającym ofertę.

Stwierdzony przez Odwołującego brak właściwego dokumentu jest niezgodny z treścią II działu pkt 7 i pkt 18 ppkt 1 SIWZ.

Skład orzekający Izby ustalił, iż Pani Agata Czarkowska uprawniona była podpisać ofertę w imieniu wykonawców: EGIS Poland Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A., jako ustanowiony pełnomocnik do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umocowanie to wynika z:

1) udzielonego przez Dyrektora Generalnego EGIS RAIL S.A., w dniu 02.10.2007 r., spółce EGIS Poland Sp. z o.o. - błędnie wskazanej w ww. dokumencie jako NEXEL Polska Sp. z o.o.- pełnomocnictwa do reprezentowania tej Spółki oraz Konsorcjum składającego się z firm: EGIS Poland Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A., utworzonego w celu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie Studium wykonalności (Feasibility Study) budowy II linii metra w Warszawie”. Pełnomocnictwo to obejmuje wszystkie czynności podejmowane w trakcie w/w postępowania i ewentualnych postępowań odwoławczych, a

także, m.in., składanie protestów i odwołań, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2) udzielonego przez Panią Elżbietę Wiszniewską – prokurenta samoistnego wykonawcy EGIS Poland Sp. z o.o. będącego (na mocy pełnomocnictwa wymienionego w punkcie poprzedzającym) liderem Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A., pełnomocnictwa dla Pani Agaty Czarkowskiej. Zakres tego pełnomocnictwa pokrywa się, za wyjątkiem uprawnienia do udzielania osobom trzecim dalszych pełnomocnictw, z zakresem umocowania zawartego w pełnomocnictwie z dnia 02.10.2007 r.

Wyżej wskazani Wykonawcy ustanowili pełnomocnika w sposób zgodny z art. 23 ust. 2 Pzp.

Należy wskazać, że – jak wyjaśniło konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A. w piśmie z dnia 21.12.2007 r. (przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu), cyt.: „dawna nazwa EGIS Poland Sp. z o.o. to NEXEL Polska Sp. z o.o., wymieniona w pełnomocnictwie na stronie 5 oferty, która omyłkowo nie została zastąpiona nową nazwą obowiązującą od 01.20.2007 r. Na oczywistość omyłki wskazuje fakt, że w następnym akapicie nazwa Nexel Polska Sp. z o.o. została już zastąpiona nową – EGIS Poland Sp. z o.o.” Potwierdzeniem prawdziwości powyższych wyjaśnień, iż Nexel Polska Sp. z o.o. oraz EGIS Poland Sp. z o.o. to ten sam podmiot, który zmienił nazwę jest fakt, iż występując pod obiema ww. nazwami posiada ten sam numer REGON, NIP, adres siedziby, co ustalono na podstawie dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A.

3. Rozpoznając zarzuty zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego firm SENER Sp. z o.o., SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. i Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. oraz odrzucenia ich oferty ze względu na podleganie wykluczeniu w zakresie braku wymaganej reprezentacji w odniesieniu do wystawionego dokumentu pełnomocnictwa i niezgodność tego dokumentu z ustawą, na podstawie art. 23 ust. 2 i art. 14 odnoszącego się do Kodeksu Cywilnego w zakresie ustanawiania pełnomocnictwa Skład orzekający Izby stwierdził:

Odwołujący podnosząc zarzuty zaniechania wykluczenia ww. Konsorcjum firm z udziału w postępowaniu o zamówienie oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez to Konsorcjum nie wykazał posiadania interesu prawnego uzasadniającego wniesienie protestu, w tym zakresie. Oferta tego Konsorcjum sklasyfikowana została na dalszej pozycji niż oferta Odwołującego. Ponadto, kwestionowana oferta została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, o czym Zamawiający zawiadomił wykonawców dnia 13.12.2007 r., a czynność odrzucenia tej oferty nie została oprotestowana.

4. Potwierdził się zarzut przeprowadzenia naruszających zasadę zachowania uczciwej konkurencji i niezgodnych z SIWZ oraz ustawą ocen Konsorcjum Metroprojekt Praha a.s., Deloitte Advisory Sp. z o.o. i Deloitte Business Consulting S.A. oraz firm Poyry Infra GmbH i Pauser ZT GmbH w odniesieniu do kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ, na podstawie art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1.

Zgodzić należy się oceną Odwołującego, iż Zamawiający nieprawidłowo ocenił oferty w zakresie kryterium 2 – Metodologia wykonania Studium Wykonalności, co spowodowało zawyżenie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH i Pauser ZT GmbH, która za to kryterium otrzymała maksymalną ilość punktów, tj. 40 pkt oraz zaniżenie oceny oferty złożonej przez Odwołującego, która w tym kryterium otrzymała 19,80 pkt.

W ocenie Odwołującego przyznana przez Zamawiającego punktacja nie odzwierciedla obiektywnej zawartości poszczególnych ofert.

Skład orzekający Izby ustalił:

W rozdziale II ust. 7 SIWZ Zamawiający określił, że wraz z ofertą Wykonawcy winni złożyć m.in.:

Opis metodologii wykonania SW, który będzie przedmiotem oceny przez komisję przetargową (kryterium 2).

Załączona do oferty metodologia wykonania powinna zawierać opis przyjętej metodologii wykonania:

- najlepsze przedstawienie problemów wymagających rozwiązania w celu realizacji SW,
- zaproponowany przez wykonawcę SW sposób rozwiązania problemów w ramach SW,
- oszacowania kosztów oraz kompletność składników kosztów inwestycji (...).

Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający zawarł w rozdziale II ust. 20 SIWZ.

Zamawiający określił, iż oferty będzie oceniać według następujących kryteriów:

1. cena, z wagą 60% oraz
2. metodologia wykonania Studium Wykonalności – znaczenie 40%.

W kryterium 2 – Metodologia wykonania Studium Wykonalności wyodrębnił podkryteria:

2a – najlepsze przedstawienie problemów wymagających rozwiązania w celu realizacji SW zgodnie z SIWZ oraz WTWiO – znaczenie 10%,

2b – sposoby rozwiązania problemów jakie zostaną rozwiązane w ramach SW – znaczenie 15%,

2c – kompletność składników kosztów inwestycji – znaczenie 15%.

Zamawiający określił sposób oceny ofert, wskazując, iż wartością punktową kryterium 2 będzie suma punktów uzyskanych z trzech podkryteriów K2a, K2b, K2c.

Równocześnie określił, iż:

W podkryterium K2a ocenie podlega wykaz wskazanych przez wykonawcę zamówienia problemów jakie muszą zostać rozwiązane w celu realizacji inwestycji zgodnie z SIWZ oraz WTWiO.

Liczba punktów, jaką każdy z członków Komisji może przyznać przy ocenie każdej oferty w (pod)kryterium 2a wynosi od 1 do 10 pkt z dokładnością do 1 pkt.

Najwyższą liczbę punktów za wykaz wskazanych problemów do rozwiązania otrzyma oferta, w której w formie zestawienia najpełniej zostaną zidentyfikowane problemy wymagające rozwiązania, tzn. czy zostały uwzględnione wszystkie niezbędne dokumentacje i opracowania, czy uwzględniono potencjalne skutki budowy, skutki przyszłej eksploatacji itd.

W podkryterium K2b przedmiotem oceny jest wykaz problemów spośród zidentyfikowanych według K2a, jakie zostaną rozwiązane przez wykonawcę zamówienia w studium wykonalności.

Liczba punktów, jaką każdy z członków Komisji może przyznać przy ocenie każdej oferty w (pod)kryterium 2b wynosi: od 1 do 15 pkt z dokładnością do 1 pkt.

Najwyższą liczbę punktów za wykaz wskazanych problemów jakie zostaną rozwiązane w ramach SW otrzyma oferta, w której w formie zestawienia zostaną one przedstawione wraz z krótkim opisem sposobu rozwiązania każdego z nich, tzn. ocenie podlegać będzie jakość opisu uwzględniająca technologię rozwiązania problemu, realne techniczne możliwości zastosowania zaproponowanych rozwiązań w warunkach warszawskich oraz realność ekonomiczna i techniczna wdrożenia rozwiązania.

W podkryterium K2c przedmiot oceny stanowi wykaz składników cenotwórczych jakie zostaną uwzględnione dla oszacowania kosztów nakładów inwestycyjnych, w rozbiciu na poszczególne rodzaje robót budowlanych, dostaw i usług.

Liczba punktów, jaką każdy z członków Komisji może przyznać przy ocenie każdej oferty w (pod)kryterium 2c wynosi: od 1 do 15 pkt z dokładnością do 1 pkt.

Najwyższą liczbę punktów za przedstawiony wykaz składników cenotwórczych otrzymała oferta, w której najpełniej zostaną zidentyfikowane elementy cenotwórcze kosztów inwestycji, dla której wykonywane jest SW, w okresie jej realizacji, tzn. ujęcie wszystkich składników cenotwórczych, ewentualne przedstawienie wariantów.

W rozstrzygnięciu protestu, a następnie w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie Zamawiający nie zgodził się z zarzutami nieprawidłowej oceny ofert, w zakresie podkryteriów 2a i 2b. Podniósł, przede wszystkim, iż oferta Odwołującego otrzymała za te podkryteria mniejszą ilość punktów niż oferta Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH i Pauser ZT GmbH, gdyż:

W zakresie kryterium 2a Odwołujący, na str. Od 108 do 126 przepisał dosłownie z WTWiO sporządzonego przez Zamawiającego, wymagania Zamawiającego nie wykonując żadnej identyfikacji konkretnych problemów jakie mogą wystąpić przy realizacji inwestycji.

Przedstawione na str. od 129 do 139 „ryzyka” są przykładowym, podręcznikowym zestawieniem ryzyk jakie mogą wystąpić przy realizacji każdej inwestycji.

Komentarz do każdego z wymienionych ryzyk nie wskazuje na sposób uniknięcia tych ryzyk lub minimalizacji ich skutków.

Zawartość opisu nie odpowiada kryterium 2b.

Konsorcjum firm: Poyry Infra GmbH i Pauser ZT GmbH, na stronach od 39 do 44 przedstawiło problemy jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji tej konkretnej inwestycji wraz z przedstawieniem koncepcji ich rozwiązania. Dodatkowo, w rozdziale „Elementy Projektu” wyspecyfikowało szczegółowo problemy i zagadnienia które będą rozwiązywane w części SW-Analiza Techniczna.

Analiza zarzutów stawianych przez Odwołującego oraz wyjaśnień Zamawiającego wskazuje na rozbieżność w ocenie stopnia spełnienia oczekiwań Zamawiającego co do sposobu zrealizowania przez wykonawców przedmiotu zamówienia. Z jednej strony przyznaje Wykonawcy punkty w zakresie podkryterium 2a, za wykaz wskazanych przez Wykonawcę zamówienia problemów jakie muszą zostać rozwiązane w celu realizacji inwestycji, który - jak stwierdza Zamawiający – Wykonawca „przepisał dosłownie z WTWiO sporządzonego przez Zamawiającego”. Z drugiej zaś strony, Wykonawca

wyraża przekonanie, że za podkryterium 2a jego oferta powinna otrzymać większą, od przyznanej, liczbę punktów.

Taki stan sprawy jest wynikiem nieprawidłowego opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i nie doprecyzowania w SIWZ oczekiwań Zamawiającego, w tym zakresie, co stanowi naruszenie art. 36 ust.1pkt 3 Pzp. Przedmiot zamawianej usługi nie został bowiem opisany zgodnie z art. 29 Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Należy stwierdzić, iż w proteście i odwołaniu Konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. (Lider) podniosło, że „niejasne sformułowanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego oraz lakoniczne odpowiedzi na pytania Wykonawców do SIWZ spowodowały, iż Wykonawcy bardzo różnie kalkulowali cenę za wariant A i wariant B. (...) Protestujący podkreślał, iż on potraktował wariant A jako element szerszego wariantu B, przez co część prac wykonywanych przez niego miała być wspólna dla obu wariantów, co zmniejszało koszty wykonania zamówienia.”

Nieprawidłowość dotyczy również sposobu określenia oceny ofert w oparciu o przyjęte podkryteria 2a –2c, który nie został precyzyjnie opisany i uniemożliwia obiektywną ocenę ofert.

Z tych względów przedmiotowe postępowanie o zamówienie należało unieważnić, stosownie do dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania Skład orzekający Izby bierze pod uwagę z urzędu – art. 191 ust. 3 zd. 2 Pzp.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A. (Lider Konsorcjum), Deloitte Advisory Sp. z o.o, Metroprojekt Praha a.s.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*