

Sygn. akt: **KIO/270/11**
KIO/275/11

WYROK
z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **15 lutego 2011 roku** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Aleksandra Mirka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt, 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 39 (KIO/270/11),

B. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH&Co KG, 1230 Wien Austria, Sterngasse 5 (KIO/275/11),

od czynności zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, 00-099 Warszawa, ul. Senatorska 29/31,**

przy udziale **Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia „PROMEDICON” sp. z o.o., ul. Kurczaba 25; 30-868 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO/270/11 - po stronie zamawiającego,

przy udziale **Aleksandra Mirka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt, 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 39** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO/275/11 - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża: **Aleksandra Mirka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt, 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 39 oraz VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH&Co KG, 1230 Wien Austria, Sterngasse 5** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Aleksandra Mirka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt, 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 39;**
 - B** koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH&Co KG, 1230 Wien Austria, Sterngasse 5.**

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, ul. Senatorska 29/31; 00-099 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Opracowanie dokumentacji projektowej i przetargowej na budowę szpitala wraz z lądowiskiem dla śmigłowców w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa Szpitala Południowego”*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 213-326977.

Dnia 31 stycznia 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Nr 6 złożona przez wykonawcę Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia „PROMEDICON” sp. z o.o., ul. Kureczaba 25; 30-868 Kraków oraz o wykluczeniu i odrzuceniu, m.in. oferty wykonawcy VAMED Standortentwicklung Und Engineering GmbH & Co KG, Sterngasse 5; 1230 Wien.

Sprawa o sygn. akt: KIO/270/11

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Aleksander Mirek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt; ul. Zabłocie 39; 30-701 Kraków (zwany dalej „*Odwołującym*”) i dnia 10 lutego 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący złożył odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia „PROMEDICON” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w sposób sprzeczny z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprzez:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 art. i 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty wyłonionego wykonawcy pomimo, iż ten nie wykazał spełnienia warunków udziału

- w postępowaniu, co powinno stanowić podstawę wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał,
- 2) naruszenie przepisu art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wyłonionego wykonawcy pomimo, że obowiązek dokonania takiej czynności spowodowany był niezgodnością oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - 3) naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3, poprzez dokonanie wyboru oferty wyłonionego wykonawcy pomimo, że jego oferta powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, nadto wniósł o przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania wywołanych wniesionym odwołaniem, zgodnie z dokumentami, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uzasadniający wniesienie odwołania, bowiem jego oferta - jako wykonawcy i uczestnika niniejszego postępowania - została sklasyfikowana, jako druga z kolei, po uznanej za najkorzystniejszą ofercie wykonawcy - spółki działającej pod firmą Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia „PROMEDICON” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Tym samym, w razie zgodnego z przepisami ustawy działania Zamawiającego, polegającego na wyeliminowaniu oferty wyłonionego wykonawcy, oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

1. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XVI pkt 2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia publicznego winien wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej albo dokumentacji projektowej i przetargowej na budowę lub przebudowę obiektu szpitalnego o odpowiedniej wartości zamówienia, powierzchni użytkowej oraz liczbie łóżek. Jednocześnie, stosownie do wyjaśnienia zawartego w powołanym postanowieniu s.i.w.z., za „wykonana usługa” Zamawiający rozumiał taką usługę, która została zrealizowana w ramach danej umowy i odebrana przez Zamawiającego/Odbiorcę, jako należycie wykonana. W treści s.i.w.z. nie wyjaśniono, co dokładnie Zamawiający rozumiał przez pojęcie „dokumentacja projektowa”

oraz „dokumentacja projektowa i przetargowa” - pomimo, że zadbano o nadanie niektórym pojęciom używanym w s.i.w.z. odpowiedniego, ustalonego dyskrecyjnie znaczenia.

Dla Odwołującego powyższe było równoznaczne z koniecznością przyjęcia rozumienia dokumentacji projektowej, jako nieograniczonej tylko do dokumentacji projektu budowlanego, ale w znaczeniu obejmującym analizowanym pojęciem projekt budowlany oraz przynajmniej również projekty wykonawcze branżowe, a także przedmiary robót oraz informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.

W odpowiedzi na zapytania zgłoszone przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 9 listopada 2010 r. w odniesieniu do kwestii wykazania doświadczenia poprzez złożenie wykazu obejmującego usługi projektowe o określonych parametrach wskazał, iż *„na dokumentację projektową albo na dokumentację projektową i przetargową może składać się wiele projektów wykonawcy (np. projekt budowlany i projekty wykonawcze branżowe, ale wykonanych w ramach jednej usługi)”*. Treść wyjaśnień jest wiążąca dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Promedicon w części dotyczącej wykazu wykonanych usług oraz dołączonych referencji nie potwierdza spełnienia powyższego warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Promedicon przedstawił w istocie jedną usługę, dotyczącą nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Kraków-Prokocim przy ul. Jakubowskiego/Kostaneckiego, której wykonanie miał pierwotnie (tj. według treści oferty) potwierdzać list referencyjny wydany przez zamawiającego, Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie w dniu 22 grudnia 2009 r., stwierdzający wykonanie projektu budowlanego wraz z technologią dla planowanej inwestycji: „Nowa siedziba Szpitala Uniwersyteckiego Kraków-Prokocim, ul. Jakubowskiego/Kostaneckiego”. Zgodnie z Wykazem wykonanych usług, opracowanym według załącznika nr 5 do s.i.w.z., powyższe zamówienie było realizowane przez Promedicon w okresie od maja 2009 r. do listopada 2010 r., zachodziła zatem istotna rozbieżność pomiędzy datą deklarowanego przez tego wykonawcę zakończenia usługi, a datą oświadczenia zamawiającego potwierdzającego jej wykonanie. Na skutek wezwania wystosowanego przez Zamawiającego (który dostrzegł tę niezgodność) w dniu 13 stycznia 2011 r., wykonawca Promedicon przedłożył kolejny list referencyjny, tym razem datowany na dzień 10 grudnia 2010 r., z którego wynika m. in., że Promedicon zrealizował dla w/w zamawiającego Uniwersytetu Jagiellońskiego - Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie „projekt budowlany oraz wykonawczy wraz z technologią”.

W ocenie Odwołującego, wykonawca Promedicon nie spełnił warunku udziału w niniejszym postępowaniu stawianego przez Zamawiającego, dotyczącego wykazania wykonania usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej, tj. składającej się z wszystkich elementów tworzących to pojęcie. Wykonawca Promedicon wykazał spełnienie tego wymogu w zakresie opracowania projektu budowlanego oraz wykonawczego z technologią, co jednak należy uznać za określenie nieprecyzyjne, a przez to niewystarczające dla uznania opisanego wyżej wymagania za spełnione.

2. Wartość oferty wykonawcy Promedicon stanowiła zaledwie ok. 32% kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, co oznacza, że wyłoniony wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia za ok. 1/3 oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Jednocześnie, oferta wykonawcy Promedicon różniła się o blisko 1 mln złotych od oferty zawierającej następną w kolejności najniższą cenę, była zatem o ok. 1/3 tańsza od kolejnej oferty z najniższą ceną. Okoliczności te spowodowały wdrożenie przez Zamawiającego postępowania przewidzianego w art. 90 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Promedicon przedstawił wyjaśnienia w piśmie datowanym na dzień 7 stycznia 2011 r.

Odwołujący podnosił, że ocena wyjaśnień wykonawcy Promedicon, które w istocie nie odwołują się do żadnych dowodów na poparcie przytoczonych twierdzeń, w sposób jednoznaczny potwierdza, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Ciężar udowodnienia, iż cena podana w ofercie nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu przewidzianą w art. 6 Kodeksu cywilnego. Jednocześnie, wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, powinny być jak najbardziej szczegółowe w tym znaczeniu, że powinny odnosić się do wszelkich aspektów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia odnoszące się do kalkulacji ceny powinny dotyczyć przede wszystkim udzielającego ich wykonawcy i nie mogą mieć charakteru ogólników, które można odnieść do każdego lub prawie każdego wykonawcy ubiegającego się o konkretne zamówienie. *„Jeśli zamawiający dokonał wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp - ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy. W przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne,*

dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie zostały złożone. W takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej” (wyrok KIO/UZP 1126/09; podobnie w uzasadnieniu wyroku KIO/UZP 1260/10).

Odwołujący podkreślał, że wykonawca Promedicon w treści swoich wyjaśnień powołał okoliczności dotyczące (lub mogące dotyczyć) jeśli nie wszystkich, to znacznej większości wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Posiadanie odpowiedniego doświadczenia, dysponowanie zespołem projektantów mających na koncie podobne realizacje, nie korzystanie z podwykonawców, są wspólne dla znacznej części wykonawców, a już z pewnością dotyczą Odwołującego, którego cena - mimo tych wszystkich udogodnień - jest znacząco wyższa aniżeli cena oferty Promedicon. Ponadto, w treści udzielonych wyjaśnień wykonawca Promedicon nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji odnoszącej się do czynników cenotwórczych, przez co odpowiedź udzieloną na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w ogóle nie można nazwać kalkulacją ceny. Zamiast tego, wykonawca Promedicon ograniczył się do stwierdzenia, jakoby specyfika branży architektonicznej (w której *nota bene* działają wszyscy wykonawcy) wymaga poniesienia wyłącznie kosztów własnych, w żaden sposób jednak nie wskazano, co to są za koszty. Nie wskazano również, jak liczny zespół projektowy ma zostać przez tego wykonawcę desygnowany do wykonania przedmiotowego zamówienia, jakie założono koszty pracy projektantów, w jakim okresie, czy i jakie założono koszty związane z dojazdami na miejsce planowanej inwestycji (siedziba wykonawcy Promedicon znajduje się w Krakowie), jakie są koszty druku (niemałe w przypadku dokumentami projektowej, szczególnie o tak złożonym charakterze), nie wspominając o kosztach organizacyjnych. Zagadką jest również zysk, jaki zamierza osiągnąć Promedicon w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia - zawarte w treści pisma z dnia 7 stycznia 2011 r. wyjaśnienie, zgodnie, z którym wysokość ceny ofertowej „w znacznej mierze wynika z przyjętego przez spółkę założenia dotyczącego wysokości planowanego zysku” raczej zaciemnia cały obraz niż stanowi objaśnienie elementu współkształtującego zaproponowaną cenę.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 10 lutego 2011 roku.

Zamawiający, dnia 10 lutego 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Dnia 11 lutego 2010 roku wykonawca Ove Arup & Partners International Ltd London Oddział w Polsce Ove Arup & Partners International Ltd sp. z o.o., ul. Królewska 16; 00-103 Warszawa – zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Odwołującego.

Dnia 14 lutego 2010 roku wykonawca Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia „PROMEDICON” sp. z o.o., ul. Kurczaba 25; 30-868 Kraków - zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Sprawa o sygn. akt: KIO/275/11

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca VAMED Standortentwicklung Und Engineering GmbH & Co KG, Sterngasse 5; 1230 Wien (zwany dalej „*Odwołującym*”) i dnia 10 lutego 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący złożył odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia „PROMEDICON” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wbrew przepisom art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 87 oraz innym przepisom ustawy Pzp, w szczególności poprzez:

- 1) wybór oferty Promedicon mimo, że podlega on wykluczeniu z uwagi na fakt niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) niewykluczenie Promedicon mimo, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 3) wybór oferty Promedicon mimo, że podlega on wykluczeniu z uwagi na fakt, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) nieodrzućenie oferty Promedicon mimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 5)nieodrzućenie oferty Promedicon mimo, że Promedicon nie złożył wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp lub złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 6)niewykluczenie Promedicon mimo, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
- 7)nieodrzućenie oferty Promedicon mimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 8)brak poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z., która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

2. Odrzućenie oferty Odwołującego wbrew przepisom art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2, art. 89, art. 36 ustawy Pzp poprzez uznanie, że jest ona sprzeczna z s.i.w.z.

3. Wykluczenie Odwołującego z naruszeniem art. 24 oraz art. 26 ustawy Pzp.

4. Brak poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z., która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty oraz brak wezwania do złożenia wyjaśnień, co do treści oferty.

W związku z wyżej wskazanymi bezprawnymi czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienie czynności odrzućenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego.
3. Powtórzenie czynności oceny spełniania przez wszystkich wykonawców warunków udziału w postępowaniu.
4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonania odrzućenia oferty Promedicon oraz wykluczenia Promedicon z postępowania.
5. Zobowiązanie Zamawiającego do korekty omyłki znajdującej się w ofercie Odwołującego.
6. Dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i tym samym uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

1. Promedicon załączył do swej oferty Wykaz Osób, który jednak nie potwierdza spełniania przez Promedicon postawionego przez Zamawiającego warunku dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie żądanym przez Zamawiającego. W wykazie załączonym przez

Promedicon brakuje bowiem osoby posiadającej uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie projektowania w specjalności telekomunikacyjnej. Zgodnie z Wykazem Osób załączonym przez Promedicon, funkcje głównego projektanta instalacji urządzeń elektrycznych i sieci elektrycznych i telekomunikacyjnych pełnić ma pan inż. Krzysztof D. Z wykazu wynika, że pan inż. Krzysztof D. posiada uprawnienia do sporządzania projektów instalacji elektrycznych. Co więcej, z załączonego do oferty Promedicon dokumentu „*Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie*” numer 602/87, który jest kopią decyzji o nadaniu panu Krzysztofowi D. uprawnień jednoznacznie wynika, że na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 („Uprawnienia”) w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w jasny sposób wynika, że pan inż. Krzysztof D. jest upoważniony do: sporządzania projektów instalacji elektrycznych, kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania kontrolowania wytwarzania elementów konstrukcyjnych instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych. W żaden więc sposób ani z Wykazu Osób, ani z uprawnień nie wynika, że pan inż. Krzysztof D., ani żadna inna osoba wykazana przez Promedicon posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie projektowania w specjalności telekomunikacyjnej.

2. Zdaniem Odwołującego oferta Promedicon zawiera cenę rażąco niską. Cena ta stanowi 32 % kwoty, jaką Zamawiający przewidział na realizację Zamówienia, co oznacza, że wykonawcy zaproponowali wykonanie zamówienia za mniej niż jedną trzecią wartości przewidzianej przez Zamawiającego.

Promedicon udzielił tak ogólnikowych wyjaśnień, że mogłyby one dotyczyć niemal każdego dowolnie wybranego postępowania. Każdy profesjonalny podmiot oblicza cenę mając na używając do tego realnych, rzeczywistych kosztów właściwych dla danego zamówienia. Promedicon nie wskazał żadnego z obiektywnych czynników, jakie brał pod uwagę przy kalkulacji ceny. Ponadto, Promedicon wskazać miał, jakie składniki cenotwórcze miały wpływ na sposób wyliczenia oferty. W udzielonych przez Promedicon wyjaśnieniach niewyszczególniony został żaden składnik cenotwórczy mający wpływ na sposób wyliczenia oferty. Promedicon w sposób niewystarczający, ogólny i nieskonkretyzowany wyjaśnił kwestię kalkulacji ceny w swojej ofercie lub zaniechał tego wyjaśnienia w ogóle. W ocenie Odwołującego ofertę Promedicon należało odrzucić ponieważ jej złożenie stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli wziąć pod uwagę fakt, że cena oferty Promedicon stanowi sprzedaż usługi poniżej kosztów, a wybór ich oferty czyni niemożliwym wybór jakiegokolwiek innego wykonawcy, złożenie takiej oferty jest bezsprzecznie czynem nieuczciwej konkurencji. Tym samym, Zamawiający winien był odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3, a nie uczynił tego.

3. Na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wykazania się wiedzy i doświadczenia każdy z wykonawców miał przedstawić Wykaz Usług, w którym miał się wykazać min. b) opracowaniem dokumentacji projektowej albo dokumentacji projektowej i przetargowej na budowę lub przebudowę obiektu szpitalnego o powierzchni użytkowej, co najmniej 14 000 m² na co najmniej 200 łóżek. W Wykazie Usług, wykonawca zobowiązany był wskazać opis przedmiotu zamówienia wraz z podaniem rodzaju robót, które były przedmiotem prac projektowych oraz wskazaniem specyfiki/charakteru obiektu - w szczególności poprzez podanie rodzaju opieki, sposobu wykonywania świadczeń zdrowotnych, rodzaju posiadanych specjalizacji / oddziałów, powierzchni użytkowej obiektu i ilości łóżek w obiekcie, dla którego wykonano opracowanie projektowe. W Wykazie Usług załączonym przez Promedicon do oferty, Promedicon wskazuje, że usługą wykonaną przez Promedicon mającą potwierdzać wymagany zakres wiedzy i doświadczenia jest wykonanie dla Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum z Krakowa „*Nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego w Kraków-Prokocim*”, ale w Wykazie Usług zabrakło informacji takich jak przedmiot realizowanego zamówienia, rodzaj robót będących przedmiotem zamówienia, rodzaj posiadanych specjalizacji/oddziałów oraz powierzchnia użytkowa obiektu, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w piśmie z dnia 13 stycznia 2011 r., którym to pismem wezwał Promedicon do uzupełniania min. wspomnianych informacji. W odpowiedzi na to pismo, Promedicon przesłał uzupełniony Wykaz Usług, w którym w części b) wskazał opis przedmiotu zamówienia wykonanie dla Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum z Krakowa „*Nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego w Kraków-Prokocim*”. Promedicon wskazał, jaki był rodzaj robót, które były objęte przedmiotem prac - Budowa Nowego Szpitala, rodzaj posiadanych klinik/specjalizacji - OIOM, SOR, zespół jednodniowej hospitalizacji. Promedicon nie zawarł natomiast żadnych informacji dotyczących powierzchni użytkowej obiektu, mimo wezwania Zamawiającego do wskazania takiej powierzchni użytkowej. Promedicon nie udzielił zatem żądanych przez Zamawiającego informacji i nie uzupełnił dokumentów w żądanym przez Zamawiającego zakresie. Przedstawiony przez

Promedicon wykaz usług nie zawiera informacji dotyczącej powierzchni użytkowej - nie potwierdza warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego z uwagi na fakt, że w Wykazie Usług przedstawionym przez Odwołującego w części lit. b) poz. 2 Odwołujący wskazał powierzchnię projektowanego obiektu, a nie jego powierzchnię użytkową. Sytuacja Promedicon jest identyczna, ale Zamawiający nie zdecydował o wykluczeniu Promedicon. Stanowi to rażące naruszenie art. 7 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania.

4. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na jej rzekomą niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję stwierdzeniem jakoby wykonawca zobowiązany był do zaoferowania terminu wykonania zamówienia mieszczącego się w przyjętym przez Zamawiającego okresie.

Zamawiający wskazał jednakże (na stronie 29 s.i.w.z.), że termin wykonania Zamówienia to termin pożądaný. Przymiotnik pożądaný odnosi się również do wszystkich terminów wskazanych w Rozdziale XXI punkt. 3 SIWZ. Użycie słowa pożądaný wskazuje, że terminy wskazane w Rozdziale XII punkt 3 SIWZ, nie są terminami „kategorycznymi, wymaganymi”, a jedynie „pożądanymi”.

Określenie w s.i.w.z. terminu wykonania zamówienia, jako "pożądaný", w sytuacji kiedy wykonawca w swojej ofercie poda inny termin wykonania od pożądanego, nie może powodować odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako nie odpowiadającej treści SIWZ.

Każdy podmiot oferując wykonanie pewnej czynności do dnia X, nie określa, że wykona tę czynność dnia X, ani, że zakończy wykonywanie tej czynności dnia X. Użycie słowa „do” wskazuje, że wykonanie tej czynności może nastąpić (podmiot zastrzega sobie takie prawo) każdego dnia przed nastaniem dnia określonego jako X. W przeciwnym wypadku, słowo „do” byłoby zbędne, tymczasem każdy z wykonawców zawarł w swoim oświadczeniu woli słowo „do”. Zatem, określając, że usługa zostanie wykonana do dnia 120 od zawarcia umowy, wykonawca w żaden sposób nie „mieści się” w określonym przez Zamawiającego terminie od w terminie nie krótszym niż 105 dni od zawarcia umowy, jednak nie dłuższym niż 135 dni od zawarcia umowy, z uwagi, że taki wykonawca zastrzega, że wykona usługę dowolnego dnia przed dniem 120. Może być to dzień 104, 101 lub 2 po zawarciu umowy.

5. Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego z uwagi na fakt, że w Wykazie Usług, w części lit. b) nie wykazał powierzchni użytkowej obiektu dla obu wskazanych w tej

części prac: wykonania projektu budowlanego dotyczącego zaprojektowania Pawilonu łóżkowego „E” Szpitala Powiatowego w Wadowicach oraz wykonania projektu budowlanego dotyczącego zaprojektowania LKH Steyr. Zamawiający uznał zatem, że ów dokument jest wadliwy - nie potwierdza spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto, dla usługi wskazanej w poz. 1 części lit. c) Wykazu Usług, Zamawiający stwierdził, że dokument potwierdzający należyte wykonanie tej usługi wystawiony został na rzecz Biura Projektów Służby Zdrowia Pro-Medicus sp. z o.o. („Promedicus”), a nie Odwołującego skutkiem czego ów dokument jest wadliwy - nie potwierdza spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na brak załączonego pisemnego zobowiązania Pro-Medicus do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres potrzeby do realizacji Zamówienia.

Ponadto, Zamawiający uznał, że do oferty niezałączony został dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 1 części lit. c) Wykazu Usług. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawców, którzy złożyli dokumenty wadliwe lub nie złożyli ich w ogóle, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Jak zostało wskazane wyżej, oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu toteż zaniechanie Zamawiającego i niewezwanie Odwołującego do złożenia brakujących lub wadliwych dokumentów należy uznać za działanie sprzeczne z nakazem wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od obowiązku wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany był, zgodnie z art. 26 ust. 4 do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Wykazu Usług i kwestionowanych referencji. Zaniechał tego, co było sprzeczne z normą wynikającą z art. 26 ust. 4 i, podobnie jak naruszenie art. 26 ust. 3 stanowiło błąd, który miał wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego z uwagi na fakt, że w Wykazie Usług przedstawionym przez Odwołującego w Części lit. b) poz. 2 z uwagi na wskazanie powierzchni projektowanego obiektu, a nie jego powierzchni użytkowej. Sytuacja Promedicon jest identyczna, ale Zamawiający nie zdecydował o wykluczeniu Promedicon. Stanowi to rażące naruszenie art. 7 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania.

6. W przypadku oferty Odwołującego miała miejsce omyłka, która nie powoduje niezgodności z s.i.w.z., a jej korekta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty – druga część formularza ofertowego, w której Odwołujący zaproponował termin wykonania

zamówienia. Odwołujący zaoferował realizację zamówienia w terminie 690 dni, tj. w „pożądanym” zakresie określonym przez Zamawiającego w s.i.w.z. Takie określone terminu wykonania zamówienia było zgodnie z intencją Odwołującego i nie stanowi omyłki. Do omyłki doszło jednakże przy wskazywaniu terminów realizacji poszczególnych czynności składających się na zamówienie tj. terminów realizacji prac.

Intencją Odwołującego było, by termin wskazanych prac był następujący:

- a) Koncepcja architektoniczno budowlane — 120 dni od dnia zawarcia umowy,
- b) Projekt budowlany, projekt technologii - 360 dni od dnia zawarcia umowy,
- c) Projekty wykonawcze - 630 dni od dnia zawarcia umowy,
- d) Przedmiary robót, STWiOR, kosztorysy oraz szacunkowa ocena pierwszego wyposażenia - 690 dni od dnia zawarcia umowy

co w sumie daje 690 dni od dnia zawarcia umowy.

Tymczasem wskazany w ofercie Odwołującego terminarz wykonania tych usług został w oczywisty sposób podany omyłkowo:

- a) Koncepcja architektoniczno budowlane — 120 dni od dnia zawarcia umowy,
- b) Projekt budowlany, projekt technologii — 240 dni od dnia zawarcia umowy,
- c) Projekty wykonawcze - 270 dni od dnia zawarcia umowy,
- d) Przedmiary robót, STWiOR, kosztorysy oraz szacunkowa ocena pierwszego wyposażenia - 60 dni od dnia zawarcia umowy.

Z tego terminarza wynika, że przedmiary robót, STWiOR, kosztorysy stworzone zostałyby przed powstaniem koncepcji architektoniczno - budowlanej, na przygotowanie projektu Odwołujący przewidziałby 240 dni, a po 270 dniach, czyli po 30 dniach od powstania projektu budowlanego i projektu technologii istniałyby już projekty wykonawcze. Co więcej, całe zamówienie zrealizowane byłoby w 270 dni, a nie w deklarowane i oferowane przez Odwołującego 690 dni od zawarcia umowy, co w oczywisty sposób wskazuje, że miała miejsce omyłka. Usługi składające się na zamówienie wykonywane są po kolei. Aby zrealizować terminarz ich wykonania najłatwiej wskazać, jaki czas niezbędny jest do pokonywania kolejnych etapów, licząc od zakończenia poprzedniego. Jest to metoda powszechnie przyjęta w branży.

Przyjęte przez Odwołującego okresy między poszczególnymi pracami zostały wpisane do tabelki programu komputerowego za pomocą, którego przygotowano formularz oferty. Tym samym, dla pozycji a) — d) wpisano niezgodnie z intencją Odwołującego ich czas realizacji licząc nie od dnia zawarcia umowy, a od zakończenia poprzedniego etapu. Omyłka ta, ani jej

poprawienie zgodnie z intencją Odwołującego nie ma wpływu na oferowaną cenę, ani na termin wykonania zamówienia i nie będzie mieć wpływu na ocenę oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że omyłka, której dopuścił się ma charakter omyłki opisanej w art. 87 ust. 2 pkt. 3, a jego oferta powinna skłonić Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 i korekty tej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 10 lutego 2011 roku.

Zamawiający, dnia 11 lutego 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Dnia 14 lutego 2010 roku wykonawca Aleksander Mirek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt; ul. Zabłocie 39; 30-701 Kraków - zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

Dnia 14 lutego 2010 roku wykonawca Ove Arup & Partners International Ltd London Oddział w Polsce Ove Arup & Partners International Ltd sp. z o.o., ul. Królewska 16; 00-103 Warszawa - zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

Dnia 17 lutego 2010 roku wykonawca Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia „PROMEDICON” sp. z o.o., ul. Kurczaba 25; 30-868 Kraków - zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Sprawa o sygn. akt KIO/270/11

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie dopuścić wykonawcy Ove Arup&Partners International Ltd zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego ze względu na brak bezpośredniego interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystępuje. Fakt, iż zgłaszający przystąpienie wykonawca ma czysto hipotetyczną możliwość uzyskania zamówienia, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może znaleźć się na drugim miejscu w rankingu ofert, a zamawiający swoimi czynnościami może doprowadzić do sytuacji, że oferta przystępującego zostanie uznana za najkorzystniejszą nie stanowi uprawnienia do zgłoszenia skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić wykonawcę Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia PROMEDICON Sp. z o.o. (zwanego dalej Przystępujący lub Promedicon) do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego na rozprawie, zarzutu dotyczącego nie wykazania przez wykonawcę Promedicon spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Izba pozostawiała ten zarzut bez rozpoznania.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru oferty Promedicon pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę, Izba stwierdziła, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 6 991 242,20 zł, co stanowi równowartość 1 821 110,24 euro (druk ZP-1).

W odpowiedzi na publiczne zaproszenie do składania ofert, do wyznaczonego przez Zamawiającego terminu zostało złożonych 9 ofert (ZP-12), następujących wykonawców:

- 1) ARCH-DECO sp. z o.o. – cena oferty: 3 970 000,00 zł,
- 2) Aleksander Mirek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt – cena oferty: 4 196 800,00 zł,
- 3) WARS Pracownia Architektoniczna Tomasz Mach – cena oferty: 6 494 400,00 zł,
- 4) Konsorcjum Happold Polska sp. z o.o. – cena oferty: 11 062 989,00 zł,
- 5) VAMED Standortentwicklung Und Engineering GmbH & Co KG – cena oferty: 3 741 437,00 zł,
- 6) Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia PROMEDICON Sp. z o.o. – cena oferty: 2 799 849,00 zł,
- 7) Konsorcjum Open Architekci sp. z o.o. – cena oferty: 8 498 000,00 zł,
- 8) Konsorcjum Sudop Polska sp. z o.o. – cena oferty: 8 906 000,00 zł,
- 9) Ove Arup & Partners International Ltd London Oddział w Polsce Ove Arup & Partners International Ltd sp. z o.o. – cena oferty: 7 626 000,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 5 stycznia 2011 roku, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do Przystępującego, na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z analogicznym wnioskiem Zamawiający zwrócił się również do trzech innych wykonawców.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, Przystępujący pismem z dnia 7 stycznia 2011 roku wyjaśnił, że cena podana w ofercie jest ceną realną, opartą na realnej kalkulacji cen i kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Promedicon podał również, że wysokość ceny oferty z znacznej mierze wynika z przyjętego przez spółkę założenia

dotyczącego wysokości planowanego zysku spółki. Ponadto Przystępujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów, które miały wpływ na wysokość ceny zaproponowanej w ofercie:

- 1. Specyfika branży architektonicznej – wykonanie zamówienia na sporządzenie dokumentacji projektowej wymaga od wykonawcy poniesienia praktycznie wyłącznie kosztów własnych, bez konieczności ponoszenia kosztów zewnętrznych, typu zakup materiałów. Jedynie koszty funkcjonowania biura projektowego, koszty najmu, pracownicy, oprogramowanie komputerowe, itp. są wspólne dla wielu zleceń, nad którymi pracuje spółka i na nie się rozkładają.*
- 2. Doświadczenie spółki Promedicon w zakresie sporządzania dokumentacji projektowej dla obiektów szpitalnych – spółka specjalizuje się w projektowaniu tego typu obiektów – w związku z czym posiada zaplecze niezbędne do wykonania zamówienia. Projektanci mają ogromne doświadczenie, zatem praca nad niniejszym projektem nie będzie wymagała od nich specjalnego dodatkowego przygotowania. Posiadane doświadczenie pozwoli spółce zrealizować zamówienie w określonym terminie bez konieczności angażowania dodatkowych środków. Z uwagi na posiadane doświadczenie i kwalifikacje, wykonawca w pracy nad projektem bazował będzie na sprawdzonych rozwiązaniach i bogatym know-how.*
- 3. Wielkość obiektu – spółka wykonywała obiekty o znacznie większej kubaturze (np. 120 000 m²), zatem wielkość tego projektu nie stanowi dla projektantów żadnego utrudnienia.*
- 4. Spółka w niniejszym postępowaniu występuje bez konsorcjanta, co powoduje, że marża kalkulowana jest wyłącznie dla jednego podmiotu.*

Ponadto Przystępujący wskazał, że zaproponowana cena pozwoli wykonawcy osiągnąć godziwy zysk.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych w związku z konsekwencjami wynikającymi z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia, czy cena zaproponowana w ofercie przez wykonawcę, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustalenia powyższego dokonuje Zamawiający, po uprzednim zwróceniu się do wykonawcy, którego oferta jest badana o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki

wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

W przedmiotowej sprawie, w wyniku złożenia przez Przystępującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający uznał, tym samym ocenił wyjaśnienia Przystępującego za wiarygodne, stwierdzając, iż złożona przez Promedicon oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego uznać należy za prawidłowe.

Izba stwierdziła, że Przystępujący w sposób dostateczny wyjaśnił Zamawiającemu, wskazując na obiektywne czynniki, dotyczące jego osoby, iż cena zaproponowana w ofercie jest realna i nie stanowi przejawu rażąco niskiej ceny.

Na rozprawie Zamawiający szeroko omówił czynniki, pozwalające mu na przyjęcie takiego założenia, gdyż Promedicon, jako firma z około 60 letnim doświadczeniem ma wystarczająco duży *know-how* umożliwiający złożenie oferty z ceną zaproponowaną w ofercie. Zamawiający wskazał, że PROMEDICON Biuro Studiów i Projektów Służby Zdrowia w Krakowie zostało powołane do życia decyzją Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej, jako biuro resortowe. Przez kolejne lata funkcjonowało w tej formie organizacyjnej. Następnie przekształciło się w Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia PROMEDICON sp. z o.o., jako jedna z pierwszych prywatnych spółek pracowniczych w Polsce, będąc jednocześnie jednym z największych w kraju biur projektowych. Obecnie firma posiada doświadczony personel i realizuje największe w Polsce obiekty Służby Zdrowia takie jak np. nowa siedziba Szpitala Uniwersyteckiego UJ-CM Kraków- Prokocim.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że w postępowaniu, w którym wykonawca wykazał się realizacją tj. „Nowa siedziba Szpitala Uniwersyteckiego UJ-CM Kraków- Prokocim” cena projektu oscylowała około 1 % wartości całego zamówienia. Dla przykładu Zamawiający podał, że obecnie obowiązująca stawka wg. cen Sekocenbudu wynosi średnio około 2 500 zł za m², a maksymalnie 3 070 zł za m², co przy zakładanej powierzchni obiektu będącego przedmiotem zamówienia - 16 000 m² daje odpowiednio około 40 mln zł i około 50 mln zł. Przyjmując, że szpital jest obiektem skomplikowanym, Zamawiający przyjął kategorię piątą, która zawiera przelicznik dla takich obiektów 5,85 %, co odpowiednio daje wartość prac projektowych 2 400 000,00 zł i około 3 000 000,00 zł. Tym samym cena zaproponowana

przez Promedicon mieści się w tych wartościach. Zamawiający oceniając wiarygodność wykonawcy pod kątem możliwości zaoferowania ceny podanej w ofercie wziął również pod uwagę certyfikat kontroli jakości TUV potwierdzający, że dokumentacja wykonana dla „Nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego UJ CM Kraków-Prokocim” została zrealizowana z zachowaniem wymaganych norm jakościowych w zakresie wszystkich branż.

Z wyjaśnień Zamawiającego, jak i Przystępującego jasno wynika, że brak jest podstaw do stawiania zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że to Zamawiający samodzielnie ocenia ofertę wykonawcy, jak też ocenia wyjaśnienia wykonawcy, złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro więc Zamawiający ocenił ofertę pozytywnie, to Odwołujący stawiając zarzut zaniechania odrzucenia takiej oferty z racji zaoferowania rażąco niskiej ceny winien bezwzględnie taką okoliczność wykazać. To na Odwołującym, jako osobie, która wywodzi skutki prawne z takiego zaniechania spoczywa obowiązek udowodnienia prawidłowości stawianych tez. Powyższy „przymus dowodowy” bezpośrednio wynika z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jak i przepisu art. 6 Kodeksu cywilnego. Odwołujący, w swojej argumentacji powoływał się jedynie na *bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej*, jednakże Izba zwraca uwagę, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się odmiennym stanem faktycznym oraz okolicznościami pozwalającymi na odmiennie, niż w prezentowanych w odwołaniu wyrokach, stawianie tez i wyciągania wniosków.

Nie bez znaczenia jest również charakter robót będących przedmiotem zamówienia. Usługa projektowa opiera się bowiem w znacznym stopniu na potencjale ludzkim i doświadczeniu. Koszty pozostałe są znikome w realizacji całego projektu. Istotnym jest również fakt, że Przystępujący wykonując w swojej bogatej historii wiele podobnych realizacji, posiada gotowe rozwiązania, przygotowane do adaptacji w przedmiotowym postępowaniu.

Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Sprawa o sygn. akt KIO/275/11

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie dopuścić wykonawcy Ove Arup&Partners International Ltd zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego ze względu na brak bezpośredniego interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystępuje. Fakt, iż zgłaszający przystąpienie wykonawca ma czysto hipotetyczną możliwość uzyskania zamówienia, gdyż w przypadku oddalenia odwołania jego oferta może znaleźć się na drugim miejscu w rankingu ofert, a zamawiający swoimi czynnościami może doprowadzić do sytuacji, że oferta przystępującego zostanie uznana za najkorzystniejszą nie stanowi uprawnienia do zgłoszenia skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie dopuścić wykonawcy Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia PROMEDICON Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego, z uwagi na nie dochowanie obowiązku wynikającego z przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. nie przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić wykonawcę: Aleksander Mirek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt; ul. Zabłocie 39; 30-701 Kraków do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego, w zakresie podniesionym w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, tj. w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Promedicon z uwagi na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez brak osoby zdolnej do wykonania zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnośnie wykazania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia wskazał, że wykonawcy zobowiązani są złożyć:

- 1) Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w tym osób posiadających uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie projektowania – bez ograniczeń – m.in. w specjalności telekomunikacyjnej.

Promedicon, do oferty załączył Wykaz osób, wg. wzoru określonego przez Zamawiającego, stanowiący załącznik Nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na stronach od 18 do 21 oferty załączył rzeczony wykaz, w którym pod pozycją 3 (strona 20 oferty) wskazał na osobę Pana Krzysztofa D., który został delegowany do wykonywania czynności w zakresie projektowania instalacji i urządzeń elektrycznych i sieci telekomunikacyjnych na stanowisku głównego projektanta. W kolumnie dotyczącej uprawnień Promedicon podał, że osoba przez niego wskazana posiada uprawnienia do sporządzania projektów instalacji elektrycznych o Nr SLK/IE/3904/01, załączając kserokopię uprawnień do oferty.

Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 10 listopada 1987 roku o Nr ewid. 602/87 potwierdza, że na podstawie § 5 ust. 1, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46) Pan Krzysztof D. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych i jest upoważniony do sporządzania projektów instalacji elektrycznych i kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania elementów konstrukcyjnych instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych.

W przedmiotowej sprawie konieczne jest odniesienie się do rozporządzenia Przewodniczącego Komitetu Budownictwa, Urbanizacji i Architektury z dnia 10 września 1962 roku w sprawie kwalifikacji fachowych osób wykonujących funkcje techniczne w budownictwie powszechnym w specjalności instalacji i urządzeń elektrycznych. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 w/w rozporządzenia osoba posiadająca dyplom magistra inżyniera lub inżyniera elektryka albo dyplom magistra inżyniera lub inżyniera łączności oraz odpowiednią

praktykę zawodową może uzyskać uprawnienia budowlane w specjalności instalacji i urządzeń elektrycznych w w/w zakresie.

§ 1 ust. 6 w/w rozporządzenia definiował, co należy rozumieć pod pojęciem, używanym w rozporządzeniu „skomplikowane instalacje i urządzenia elektryczne” (użyte m.in. w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia). Jeżeli chodzi o branżę telekomunikacyjną, to w pkt 4 ust. 6 § 1 rozporządzenia znajdował się zapis, że jako skomplikowane instalacje należy rozumieć *„Wszelkie instalacje i urządzenia elektryczne automatycznych central telefonicznych o pojemności powyżej 200 NN rozgłaszania przewodowego o mocy powyżej 500 W i dyspozytorskie o pojemności łącznej powyżej 100 NN”*.

Z powyższego wynika, iż osoby posiadające wykształcenie wyższe o specjalnościach elektrycznych i łączności mogły uzyskiwać uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami w zakresie instalacji telefonicznych wewnętrznych, instalacji central telefonicznych abonenckich oraz sieci telefonicznych rozdzielczych, czyli w rozumieniu obecnie obowiązujących przepisów – w specjalności telekomunikacyjnej.

Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 roku Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.) osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Zatem uprawnienia budowlane uzyskane na podstawie w/w rozporządzenia zostają zachowane w zakresie określonym w decyzji o ich nadaniu.

W czasie uzyskiwania powyższych uprawnień budowlanych nie istniały oddzielnie uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej, w związku z czym należało przyjąć, że uprawnienia posiadane przez Pana Krzysztofa D. są uprawnieniami wystarczającymi do legitymowania się w przedmiotowym postępowaniu w zakresie branży telekomunikacyjnej. Powszechnie wiadomym jest bowiem, że instalacje telekomunikacyjne są instalacjami elektrycznymi.

Odnosnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny przedstawionej w ofercie Promedicon, Izba uznała zarzut za niezasadny, jednocześnie podtrzymała argumentację, jak w uzasadnieniu do sprawy KIO/270/11.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Promedicon z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący kwestionował fakt, iż Promedicon w dokumentach złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazał powierzchni użytkowej projektowanego obiektu.

Wskazać należy, że Promedicon do oferty załączył wykaz wykonanych usług, opracowany wg. załącznika Nr 5 do s.i.w.z., w którym na stronie 42 wskazał, iż wykonał projekt nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie-Prokocimiu, gdzie powierzchnia użytkowa wynosiła 109 359 m².

Powyższa informacja potwierdzona została również w referencjach załączonych do oferty, wystawionych przez Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum w Krakowie.

Pismem z dnia 21 stycznia 2011 roku Promedicon odpowiadając na wezwanie Zamawiającego uzupełnił dokumenty podmiotowe żądane przez Zamawiającego, w których potwierdził wcześniej już przekazane informacje, dotyczące powierzchni użytkowej projektowanego budynku.

Tym samym wykonawca Promedicon wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób dostateczny, niekwalifikujący wykonawcy do wykluczenia z przedmiotowego postępowania.

Oдноśnie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego przez uznanie, że jest ona sprzeczna z s.i.w.z. oraz braku poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z s.i.w.z., niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, Izba uznała zarzuty za niezasadne.

W ocenie Izby błąd, czy też omyłka poczyniona w ofercie przez Odwołującego nie kwalifikuje się do poprawienia w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę wskazując za podstawę przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał, aby minimalny termin wykonania całości przedmiotu zamówienia nie był krótszy niż 665 dni, jednocześnie nie był dłuższy niż 695 dni, licząc od dnia zawarcia umowy.

Ponadto, w odniesieniu do poszczególnych etapów wykonywania zamówienia wskazał, iż pożądanymi terminami będą terminy zamykające się w dopuszczonej przez Zamawiającego tolerancji, tj.

- 1) I etap pomiędzy 105 a 135 dniem od zawarcia umowy,
- 2) II etap pomiędzy 365 a 395 dniem od zawarcia umowy,
- 3) III etap pomiędzy 575 a 605 dniem od zawarcia umowy,
- 4) IV etap pomiędzy 665 a 695 dniem od zawarcia umowy.

Powyższe stwierdzenia jednoznacznie zakreślały wymagany całościowy termin wykonania przedmiotu zamówienia wraz z doprecyzowaniem, pozwalającym wykonawcom na swobodną aczkolwiek zamkniętą orientacją, w zakresie terminów poszczególnych etapów.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ocenie Izby jasno precyzowały zobowiązanie wykonawców do przedstawienia w ofercie terminów realizacji zamówienia, a podanie innego terminu niż wymagany przez Zamawiającego prowadzić musiało do odrzucenia oferty, jako sprzecznej z s.i.w.z.

W złożonej ofercie Odwołujący podał, iż oferuje termin wykonania zamówienia, jako 690 dni, licząc od dnia zawarcia umowy, w tym:

- 1) I etap – w terminie do 120 dni od zawarcia umowy,
- 2) II etap – w terminie do 240 dni od zawarcia umowy,
- 3) III etap – w terminie do 270 dni od zawarcia umowy,
- 4) IV etap – w terminie do 60 dni od zawarcia umowy.

Powyższe oświadczenie woli złożone przez Odwołującego jednoznacznie wskazuje na wadliwość oferty pod kątem jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganych przez Zamawiającego terminów realizacji przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby dopuszczalnym byłoby dokonanie poprawek w ofercie Odwołującego gdyby sumowanie poszczególnych terminów, tak jak chciał tego Odwołujący, mieściłoby się w granicach zakreślonych terminami przez Zamawiającego w s.i.w.z.

Jednakże analiza dokumentacji przetargowej, w tym oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie miał prawnych możliwości dokonania poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż proste sumowanie terminu podanego, jako etap I łącznie z terminem etapu II, daje 360 dni (120 + 240), przy wymogu Zamawiającego

między 365 a 395 dniem od zawarcia umowy. Kolejne sumowanie wartości uzyskanej (I+II etap), tj. 360 dni + etap III – 270 dni, łącznie daje 630 dni, przy wymogu Zamawiającego pomiędzy 575 a 605 dniem od zawarcia umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoich wyrokach wypowiedziała się na temat możliwości poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, iż bezwzględny atrybutem wymaganym przez Zamawiającego jest możliwość dokonania poprawy omyłki bez udziału wykonawcy, w tym również bez konieczności żądania składania wyjaśnień do treści oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w omawianym przypadku prowadzić by miało do faktycznej zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy, a co za tym idzie do istotnej zmiany treści oferty. Co uznać należy za niedopuszczalne.

Tym samym Izba nie stwierdziła uchybień w czynnościach Zamawiającego stwierdzając, iż Zamawiający miał podstawę prawną i faktyczną do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie posiadał legitymacji ustawowej do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania z naruszeniem przepisu art. 24 oraz 26 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający informując wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu przedstawił wnikliwą analizę wszystkich ofert pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i przesłanek wskazujących na odrzucenie oferty. Takie działanie Zamawiającego należy ocenić pozytywnie.

Zamawiający w przedmiotowej informacji podał również, poza przesłankami skutkującymi odrzuceniem oferty, informację o podstawach do wykluczenia Odwołującego.

Powyższa informacja wprowadziła Odwołującego w błąd, gdyż uznał on, że takie działanie Zamawiającego narusza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis nakazuje Zamawiającemu wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakujących lub wadliwych dokumentów.

Odwołujący jednakże popełnił błąd, wysnuwając błędną tezę o wykluczeniu go z postępowania, gdyż Zamawiający na końcu zawiadomienia podał, iż działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wezwał ww. wykonawcy do złożenia stosownych dokumentów lub złożenia wyjaśnień w ww. zakresie – w celu

potwierdzenia spełnienia ww. warunku podmiotowego – gdyż pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe oznacza jednoznacznie, że zarzuty stawiane przez Odwołującego są podnoszone zbyt wcześnie, w odniesieniu do czynności, których Zamawiający nie dokonał oraz w odniesieniu do zaniechania, którego Zamawiający nie uczynił, z uwagi na brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....