

Sygn. akt: KIO/UZP 1104/09

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ewa Jankowska
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SAFEGE S.A., F - 92000 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port, Francja, adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22 , 00-410 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** protestu z dnia 20 lipca 2009r.

przy udziale wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **SAFEGE S.A., F - 92000 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port, Francja, adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22 , 00-410 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SAFEGE S.A., F - 92000 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port, Francja, adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22 , 00-410 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SAFEGE S.A., F - 92000 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port, Francja, adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22 , 00-410 Warszawa** na rzecz **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAFEGE S.A., F - 92000 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port, Francja, adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22 , 00-410 Warszawa**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.01.2009r. pod poz. 2009/S 3 – 003593

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego dotyczy: "Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania "Budowa trasy Mostu Północnego Zadanie 1 etap od węzła z ul. Pułkową do węzła z ul. Modlińską" (numer referencyjny DZP/20/PN/11/08)".

Zamawiającym jest Miasto Stołeczne Warszawa -Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołującym jest SAFEGE S.A. Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja; adres do korespondencji SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22, 00-410 Warszawa zwany dalej „Odwołującym”

Przystępującym do postępowania odwoławczego są: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13 zwany dalej “Przystępującym” oraz “ZBM”

Odwołanie zostało wniesione pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r., a poprzedzający je protest pismem z dnia 20 lipca 2009 r.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 184 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej “ustawą PZP”.

Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście dotyczące:

1. wyboru, jako najkorzystniejszej oferty ZBM;
2. zaniechania odrzucenia oferty ZBM względnie wykluczenia tego wykonawcy, mimo że:
 - a) nie przedstawił wyjaśnień, które potwierdzają, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
 - b) nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia względnie przez podanie w tym zakresie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania,
 - c) nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W ocenie Odwołującego powyższe czynności Zamawiającego naruszają:

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy PZP, przez to, że Zamawiający błędnie przyjął, że ZBM spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, przez to, że Zamawiający błędnie przyjął, że ZBM nie podlega wykluczeniu, mimo podania nieprawdziwych informacji,
3. art. 90 ust. 3 ustawy PZP przez przyjęcie, że ZBM w sposób wyczerpujący wyjaśnił, iż przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

4. art. 26 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP przez to, że Zamawiający błędnie przyjął, że może żądać uzupełnienia dokumentów na potwierdzenia spełniania warunków w udziale w postępowaniu mimo, że oferta ZBM podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy PZP.

Ponadto w ocenie Odwołującego naruszenia te prowadzą też do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy PZP oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Zarzucając Zamawiającemu wskazane uchybienia Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
2. ponowne badanie i ocenę ofert przez Zamawiającego z pominięciem uzupełnień przedstawionych przez ZBM w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP,
3. odrzucenie oferty złożonej przez ZBM względnie wykluczenie tego wykonawcy z postępowania,
4. wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez Wykonawców niepodlegających wykluczeniu i ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji tych działań, wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie.

W dniu 10 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował SAFEGE SA o zakończeniu procesu ponownego badania i oceny ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZBM.

Do powtórzenia powyższych czynności Zamawiający został zobowiązany wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO UZP 666/09; KIO UZP 667/09; KIO UZP 668/09; KIO/UZP 669/09; KIO UZP 679/09). W wyroku tym Izba, uwzględniając odwołanie SAFEGE S.A. (sygn. akt KIO UZP 679/09), nakazała Zamawiającemu m.in. powtórzenie badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 PZP, w tym w stosunku do oferty złożonej przez ZBM. Mimo, że Zamawiający podjął powyższe czynności i ZBM przedstawił w tym zakresie wyjaśnienia, tak z uwagi na ich treść brak jest podstaw do uznania za trafne wnioski jakie legły u podstaw kolejnych działań Zamawiającego. W związku tym, na powyższe, w dniu 20 lipca 2009 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest wobec ww. czynności i zaniechań. Protest ten, w dniu 24 lipca 2009 r., został oddalony przez Zamawiającego w całości.

Mając na uwadze wyrok Izby i analizując w jego świetle treść oferty wybranego Wykonawcy, czynności dokonane przez Zamawiającego oraz udzielone przez ZBM wyjaśnienia, stwierdzamy, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP badając i uznając za najkorzystniejszą ofertę ZBM. Za nietrafne też Odwołujący uznaje rozstrzygnięcie złożonego protestu.

W szczególności ZBM powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

I.

W myśl pkt 5.1.3 SIWZ, o przedmiotowe zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. przy tym Zamawiający przyjął w tym zakresie w pkt 5.3.3.1 SIWZ, że warunek ten zostanie spełniony jeśli Wykonawca posiada ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość co najmniej 2.000.000,00zł.

Zgodnie z pkt 6.1.9 SIWZ, na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Wykonawcy mieli obowiązek przedstawić polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż wymagana przez Zamawiającego.

Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. na str. 164 swojej oferty przedstawił kopię polisy potwierdzającej fakt zawarcia umowy od odpowiedzialności cywilnej z TU Allianz S.A. , zwanym dalej też towarzystwem ubezpieczeniowym.

W toku postępowania przed Izłą i w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. powyższy dokument został jednak uznany za niewystarczający dla potwierdzenia spełnienia przez ZBM warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na:

1. nieprecyzyjnie określony zakres działalności objętej ubezpieczeniem, a ujawnionej w polisie jako "prowadzenie pośrednictwa inwestycyjnego i konsultingu",
2. brak podstaw do przyjęcia, że ubezpieczeniem są objęte szkody powstałe na wskutek uchybień przy wykonywaniu czynności zawodowych, których wykonywanie wymaga posiadania odpowiednich uprawnień zawodowych przez Ubezpieczonych, w szczególności, projektantów, inspektorów nadzoru w budownictwie.

W tym zakresie Izba nakazała Zamawiającemu przeprowadzić procedurę przewidzianą w art. 26 ust 3 lub ust. 4 PZP w celu ustalenia faktycznego zakresu ubezpieczenia ZBM, przy czym, jak zastrzeżono dalej, w ocenie Izby, dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu samo oświadczenie Wykonawcy, które nie będzie poparte stosownym dokumentem, tj. umową modyfikującą OWU, należy uznać za niewystarczające. Jakkolwiek pismem z dnia 3 lipca 2009 r. Zamawiający wezwał ZBM do wyjaśnienia powyższych kwestii.

ZBM przesłał w tym zakresie wyjaśnienia, które nie dają podstaw do przyjęcia, iż ZBM spełnił postawiony przez Zamawiającego warunek. Bowiem wyjaśnienia:

1. pozostają w sprzeczności z treścią dokumentu polisy, jaką ZBM przedstawił w swojej ofercie na str. 164;
2. nie usuwają wątpliwości, jakie powstały w toku postępowania, a które są sporne;
3. nie mogą stanowić podstawy dla przyjęcia, iż ZBM spełnił postawiony warunek.

Ad. 1

W myśl przedstawionej przez ZBM polisy, jak postanowiono o tym w końcowej części tego dokumentu: "Integralną część umowy stanowią: OWU Odpowiedzialności Cywilnej zatwierdzone uchwałą Zarządu Allianz Polska S.A. 10112007 z dnia 13 lipca 2007 r."

OWU stanowią, w § 4 ust. 2 pkt 23, że:

„§ 4 ust. 2. O ile zakres ochrony ubezpieczeniowej nie został rozszerzony przez włączenie do umowy ubezpieczenia uzgodnionych na piśmie dodatkowych klauzul, wskazanych w § 15. niniejszych ogólnych warunków (tylko w zakresie wskazanym wyraźnie przez treść włączonej klauzuli) bądź nie został odmiennie sprecyzowany w ustalonych indywidualnie postanowieniach umowy ubezpieczenia Allianz nie odpowiada za szkody:

(...) 23) powstałe wskutek uchybień przy wykonywaniu czynności zawodowych, których wykonywanie wymaga posiadania odpowiednich uprawnień zawodowych przez Ubezpieczonych, w szczególności lekarzy, architektów, projektantów, inspektorów nadzoru w budownictwie, radców prawnych, adwokatów, notariuszy, zarządców nieruchomości, pośredników w obrocie nieruchomościami, rzeczoznawców majątkowych, komorników, brokerów i agentów ubezpieczeniowych, chyba że umowa stanowi inaczej;"

W świetle powyższego, nie jest zatem, co do zasady, niemożliwe zawarcie umowy i rozszerzenie odpowiedzialności towarzystwa na przypadki określone w § 4 ust. 2 pkt 23 OWU. Tak też o tym stanowi § 3 ust. 3 OWU, gdzie zastrzeżono wprost możliwość kształtowania ubezpieczenia poprzez włączenie do zakresu ubezpieczenia przypadków ujętych w klauzulach uregulowanych w § 15 OWU. Powyższe, jak zaznaczono wyżej, wymaga jednak:

1. uzgodnienia i włączenia do umowy z zachowaniem formy pisemnej dodatkowych klauzul wskazanych w § 15, bądź też
2. odmiennego sprecyzowania w ustalonych indywidualnie postanowieniach umowy ubezpieczenia.

Odwołujący przedstawił wywody prawne w kontekście OWU i polisy, które w jego ocenie nie mogą stanowić o tym, że ZBM ma ubezpieczone ryzyka, które są wyłączone w OWU.

Bowiem żadna zaś z okoliczności przytoczonych przez ZBM nie wskazuje, aby przy zawarciu umowy ubezpieczenia strony odpowiedzialność rozszerzyły na przypadki ujęte w § 4 ust. 2 pkt 23. Jak wcześniej wspomniano, dla oceny powyższego i wyrażenia poglądów, co do zakresu ubezpieczania istotne znaczenie ma nie tyle intencja stron, ale to, czy strony dały jej wyraz w umowie. OWU w tym zakresie wymagają bowiem wyartykułowania woli poprzez wyraźne wskazanie treści włączonej klauzuli bądź odmiennego sprecyzowania w ustalonych indywidualnie postanowieniach umowy ubezpieczenia.

Ad.2

W wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. Izba zobowiązała Zamawiającego do wyjaśnienia spornych w polisie okoliczności. Mimo wyjaśnień nadal nie można bowiem określić:

1. jaką działalność prowadzona przez ZBM jest objęta ubezpieczeniem w ramach umowy zawartej z TU Allianz Polska S.A.,
2. na jakiej podstawie możliwe jest przyjęcie, że do zawartej umowy nie znajdują zastosowania ww OWU, w tym wyłączenia ujęte w § 4.

W przedstawionym oświadczeniu bowiem nie wyjaśniono meritum sprawy, tj.:

1. jaką działalność TU Allianz Polska S.A. uznaje za działalność w zakresie "prowadzenia pośrednictwa inwestycyjnego i konsultingu",
2. na jakiej podstawie możliwe jest przyjęcie, że zakres odpowiedzialności obejmuje szkody wyłączone, co do zasady na podstawie OWU.

W powyższym zakresie wyjaśnienia te nie tylko nie tłumaczą spornych kwestii, ale też pozostają w sprzeczności z działalnością ujawnioną przez ZBM w Krajowym Rejestrze Sądowym. Jak bowiem wynika z przedstawionego przez ZBM odpisu z tego rejestru (str. 153 -155 oferty ZBM) ZBM -... prowadzi działalność w zakresie przeszło 60 rodzajów wyróżnionych w oparciu o Polską Klasyfikację Działalności począwszy od "sprzedaży

detalicznej części i akcesoriów do pojazdów mechanicznych" a skończywszy na "pozaszkolnych formach kształcenia, gdzie indziej nie sklasyfikowanych".

Ad. 3

Co więcej, Odwołujący zwraca uwagę, że wyjaśnienia te nie powinny stanowić podstawy do przyjęcia przez Zamawiającego, że ZBM spełnił postawiony warunek także z innych względów. Jak stanowi o tym wyrok Izby z dnia 19 czerwca 2009 r. (str. 19 i 20):

.Po pierwsze, nie ma pewności, czy zakresem ubezpieczenia ZBM objęta jest rzeczywiście działalność gospodarcza odpowiadająca przedmiotowi zamówienia -działalność polegająca na "pośrednictwie inwestycyjnym i konsultingu", o której mowa w polisie, jest pojęciem bardzo szerokim, a równocześnie mało określonym, przy czym dodatkowo, jak zauważył Odwołujący SAFEGE, jak wynika z ogólnych warunków umowy ubezpieczyciela (które nie były sporne, znajdują się w aktach sprawy), wyłączono odpowiedzialność z tytułu "szkód powstałych wskutek uchybień przy wykonywaniu czynności projektantów, inspektorów nadzoru. (. ..)

(...) sformułowanie postanowienia wyłączającego może oznaczać, że polisa nie obejmuje żadnych szkód powstałych w związku z czynnościami osób posiadających uprawnienia budowlane, a takie czynności będą istotą przedmiotu zamówienia, co ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy polisa ta spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego.

(...) wobec okoliczności, iż skład orzekający uznał zarzut za uzasadniony co do podstawy faktycznej, Izba nakazuje Zamawiającemu przeprowadzić procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień publicznych, w celu ustalenia, czy ZBM posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia, a klauzula zawarta w § 4 ust. 2 pkt 23 ogólnych warunków umowy ubezpieczyciela nie dyskwalifikuje polisy ZBM z punktu widzenia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Zauważyć należy również, że w tym zakresie jakiegokolwiek oświadczenie wykonawcy niepoparte odpowiednim dokumentem (np. umową modyfikującą OWU) będzie niewystarczające, a wobec zgłoszonych wątpliwości jedynie ubezpieczyciel jest legitymowany złożyć wyjaśnienie co do zakresu odpowiedzialności ubezpieczeniowej... "

należy odróżnić zagadnienia, które winny zostać wyjaśnione, i w których zakresie można poprzestać na wyjaśnieniach towarzystwa ubezpieczeń, od zagadnień, w których ZBM powinien wykazać na podstawie dokumentów innych niż wyjaśnienia, iż spełnia postawiony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu.

... I tak, pamiętając o regulach przyjętych w PZP oraz aktach wykonawczych do tej ustawy, a także zasadach, na jakich podmioty biorące udział w postępowaniu winny wykazać, iż spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, można przyjąć w powyższym stanie faktycznym, że:

wyjaśnienia wymagała kwestia rodzajów lub rodzaju działalności, jakie towarzystwo ubezpieczeń określa mianem "prowadzenie pośrednictwa inwestycyjnego i konsultingu", i tylko w tym zakresie, gdyby wyjaśnienia takie zostały udzielone, można byłoby poprzestać na wyjaśnieniach towarzystwa,

II.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2009 r. zwrócono uwagę, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wyjaśnienia niespójnych informacji zawartych w treści dokumentów przedstawionych w załączeniu do oferty ZBM na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania personelem zdolnym do wykonania zamówienia.

W wykonaniu wyroku, w powyższym zakresie Zamawiający, zwrócił się do ZBM m.in. o podanie dokładnych dat, w jakich proponowany przez niego personel uzyskał wymagane w treści warunku doświadczenie. I jak wynika z przedłożonego przez ZBM oświadczenia z dnia 8 lipca 2009 r. Pan P. uzyskał doświadczenie w związku z realizacją zadań:

1. Budowa mostu przez rzekę Wisłę w Płocku,
2. Budowa Trasy i Mostu Siekierkowskiego w Warszawie -zadania IA, IB, Ie i IV,
3. Budowa mostu przez Wisłę w Wyszogrodzie

w latach 1997 -2002. Przy tym jak zaznaczono dalej na wszystkich ww zadaniach osoba ta pracowała od początku do końca, tj. rozpoczynała kontrakt, rozliczała kontrakt oraz brała udział w przekazaniu go Inwestorowi.

Przyjmując powyższe za punkt odniesienia należy stwierdzić, że tym samym ZBM podważył prawdziwość oświadczenia, które złożył wcześniej, w zakresie spełniania warunku ujętego w SIWZ w pkt 5.3.1 a odnoszącego się do doświadczenia, jakim winien legitymować się Wykonawca, zdobytym w okresie ostatnich trzech przed dniem wszczęcia postępowania. Bowiem w oświadczeniu złożonym na str. 126 -131 swojej oferty wskazał, że powyższe zadania, które ujawnił też w doświadczeniu personelu, zostały przez niego wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania.

Dlatego niezależnie od innych przesłanek, także w oparciu o ten zarzut ZBM winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 22 ust. 2 pkt. 2 PZP. Złożenie nieprawdziwej informacji, mającej wpływ na wynik postępowania, powinno bowiem stanowić podstawę do

wykluczenia ZBM z postępowania, czego Zamawiający zaniechał. Przy tym należy pokreślić że przesłanką wykluczenia jest samo złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania. Informacje takie mogą być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę. Jeżeli informacje nieprawdziwe mają wpływ na wynik postępowania -a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i związanych z przedmiotem zamówienia -Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

III.

W wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał badania ofert w trybie art. 90 ust. 1 Pzp mimo znaczącej rozbieżności pomiędzy cenami zaoferowanymi przez trzech Wykonawców biorących udział w postępowaniu, a szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego. I w tym zakresie podzielił argumentację SAFEGE S.A. o konieczności podjęcia ww postępowania wyjaśniającego w ramach powtórzonej oceny i badania złożonych ofert.

Jakkolwiek Zamawiający zastosował się do powyższego nakazu i pismem z dnia 3 lipca 2009 r. wezwał ZBM do przedstawienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to błędnie przyjął, że przedstawione wyjaśnienia odnoszą się do zaproponowanej ceny, względnie są wyczerpujące i nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty ZBM na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że wyjaśnienia ZBM udzielone w piśmie z dnia 8 lipca 2009 r. nie mogą być uznane za wystarczające dla oceny, że przedstawione przez niego cena nie jest rażąco niska. W powyższym zakresie ZBM poprzestał wyłącznie na oświadczeniu, w którym stwierdził, że podana cena "umożliwia należyte wykonanie przedmiotowej usługi w zakresie określonym w przedmiocie zamówienia, zgodnie z obowiązującym prawem i w wyznaczonym terminie". Dalej zaś odwołał się do swojego doświadczenia i potencjału, jako okoliczności pozwalających na zaoferowanie atrakcyjnej ceny, jednocześnie kwestionując prawo i możliwości oceny warunków, jakie posiada ZBM w stosunkach ze swoim personelem, w tym w zakresie ustalonych stawek wynagrodzenia, przez Zamawiającego. Niemniej zastrzegł, że oszacował zysk i rzetelnie oszacował cenę oferty w oparciu o rzeczywiste ceny występujące podczas tego rodzaju usług.

Powyższe wyjaśnienia nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające i przy tym spełniające stawiane im wymagania. Jeśli bowiem, tak jak stanowi o tym art. 90 ust.

2 Pzp, przy ich ocenie Zamawiający powinien wziąć pod uwagę w szczególności obiektywne czynniki.

Należy stwierdzić, iż do żadnej z powyższych kwestii ZBM się nie odniósł. Co więcej, nie wskazał też przy użyciu jakich stawek i założeń dokonał obliczeń ceny w swojej ofercie, jak i też nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

IV.

Biorąc pod uwagę, że stwierdzone uchybienia w ofercie ZBM jednocześnie uzasadniają wykluczenie tego wykonawcy z uwagi na to, że nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i też przedstawiona przez niego oferta wina zostać odrzucona zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 PZP, Zamawiający powinien uznać dokonane wcześniej uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez tego Wykonawcę za bezskuteczne i wykluczyć go z postępowania zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP. Jeśli bowiem zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty, tak jak stanowi o tym art. 26 ust. 3 PZP, nie można wówczas żądać od Wykonawcy uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, a wskazane naruszenia miały wpływ na wynik postępowania. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego jego oferta zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza, po odrzuceniu Wykonawcy, o którym mowa powyżej. Powyższe dowodzi naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 PZP do wniesienia niniejszego odwołania.

Pismem z dnia 24 lipca 2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez oddalenie w całości.

Rozstrzygnięcie protestu zawiera następujące uzasadnienie.

I.

Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu m. in. "przeprowadzenie procedury przewidzianej w art. 26. ust. 3 bądź 4 PZP, w celu ustalenia czy ZBM IZ (Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia, a klauzula zawarta w § 4 ust. 2 pkt. 23 ogólnych warunków umowy ubezpieczyciela nie dyskwalifikuje polisy ZBM z punktu widzenia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu".

Zamawiający pismem z dnia 03.07.2009r. znak ZMID/DZP/0717/920/09 wypełnił nakaz Izby i wystąpił do spółki ZBM Inwestor Zastępczy o wyjaśnienie lub/i uzupełnienie dokumentu na

potwierdzenie warunku określonego w pkt 5.3.3.1. Specyfikacji. Wezwany Wykonawca przedstawił w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, odpowiedź na wezwanie wraz z oświadczeniem Ubezpieczyciela, które w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedstawia interpretację Polisy Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej NR 000-08-430-05861926 w zakresie wątpliwości, które Odwołujący wywodził co do tego dokumentu i które to wątpliwości podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej przywołanym wyroku. Wbrew temu, co Odwołujący podnosi w proteście z dnia 20.07.2009r., Ubezpieczyciel poświadczył, iż "polisa obejmuje swoim zakresem odpowiedzialność cywilną Ubezpieczonego i jego pracowników związaną z prowadzoną działalnością i posiadany mieniem w zakresie pośrednictwa inwestycyjnego i konsultingu tj. działalności która jest naturalną dla charakteru prowadzonej działalności Ubezpieczonego, w tym działalności zgodnej z przedmiotem w/w zamówienia". Zdaniem Zamawiającego chybione jest również twierdzenie Protestującego, iż nie było podstaw przyjęcia, że zakres odpowiedzialności obejmuje szkody wyłączone co do zasady na podstawie OWU. Zamawiający wskazuje, iż do oceny, czy w odpowiedzi na wezwanie Spółka ZBM IZ potwierdziła warunek określony w 5.3.3.1. SIWZ, brał pod uwagę oświadczenie Ubezpieczyciela. Czytamy w nim, że Ogólne Warunki Ubezpieczenia, na które powołuje się Protestujący (Odwołujący), nie mają w tym konkretnym przypadku zastosowania. Towarzystwo Ubezpieczeń Allianz Polska Spółka Akcyjna tłumaczy, iż jak sama nazwa wskazuje "Ogólne" warunki zawierające standardowe zapisy, nie są tożsame z ofertą dostosowaną do specyfiki działalności kierowaną do konkretnego Ubezpieczonego. Oświadczenie Ubezpieczyciela w tym zakresie, jest dla Zamawiającego wiarygodne i wyczerpujące. Niezrozumiałą jest argument Odwołującego, w którym poddaje wątpliwość intencje Ubezpieczyciela z uwagi na to, że jest to podmiot "zainteresowany wynikiem postępowania". Protestujący podważa zatem stanowisko, które KIO przyjęła w wyroku z dnia 10.06.2009 r., zgodnie z którym " wobec zgłoszonych wątpliwości jedynie ubezpieczyciel jest legitymowany złożyć wyjaśnienie co do zakresu odpowiedzialności ubezpieczeniowej".

Zamawiający nie może się zgodzić z Odwołującym, który podważa oświadczenie Allianz, argumentując to tym, że pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem, które Ubezpieczyciel zajął w stosunku do Protestującego. Zamawiający sprzeciwia się stanowczo praktyce, jaką proponuje Protestujący, bowiem nie można oceniać potencjału ekonomiczno-finansowego Spółki ZBM Inwestor Zastępczy przez pryzmat potencjału Protestującego. Jak z załączonego do protestu pisma wynika, Allianz na dzień 10.06.2009 r. nie chce nawiązać współpracy z Safege S.A. oddział w Polsce w zakresie określonym w piśmie. Nie jest to jednak dowodem na to, że jak podnosi Protestujący, Ubezpieczyciel nie miał takiego zakresu ubezpieczenia w swojej ofercie w ogóle. Fakt odmowy ubezpieczenia Safege S.A. Oddział w Polsce nie dowodzi, że ZBM Inwestor Zastępczy mógł również takiego ubezpieczenia nie uzyskać. Jak

wynika z oświadczenia Allianz, oferta ma charakter indywidualny i przygotowywana jest dla konkretnego potencjalnego Ubezpieczonego i specyfiki prowadzonej przez niego działalności, zatem założenia Protestującego(Odwołującego) należy uznać za bezpodstawne i przeczące zasadom równego traktowania i uczciwej konkurencji.

II.

W ocenie Zamawiającego zarzuty zawarte w pkt. II. protestu są całkowicie bezzasadne. Zamawiający zwraca uwagę, iż należy odróżnić dokumenty załączone na potwierdzenie warunku dot. Potencjału kadrowego od dokumentów załączonych na potwierdzenie warunku dot. Doświadczenia Wykonawcy.

Przedmiotem czynności wyjaśniających Zamawiającego, na które powołuje się Protestujący, było ustalenie daty rozpoczęcia i zakończenia prac wskazanych w załączniku dot. doświadczenia Pana P., zatem Potencjału Kadrowego. Protestujący, zaś daty rozpoczęcia i zakończenia prac Inspektora Nadzoru Robót Mostowych, odnosi do doświadczenia Wykonawcy. Powołując się w proteście na oświadczenia ze stron 126 -131 oferty ZBM IZ., próbuje wykazać, iż okres pełnienia funkcji konkretnego Inspektora Nadzoru Robót Mostowych -w tym przypadku Pana Pawłowskiego -winien pokrywać się z okresem pełnienia kompleksowej funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie, co jest oczywiście błędne. Wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. potwierdził spełnianie warunku doświadczenia, o którym mowa w pkt. 5.3.1 SIWZ tj. "w okresie ostatnich 3 lat, pełnił obowiązki Inżyniera Kontraktu na zadaniach o złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia (..); czego dowodem są także referencje załączone do oferty, w których podane są daty zakończenia pełnionych przez ZBM funkcji Inżyniera Kontraktu (np. str.132, 137 oferty ZBM).

Ponadto wiedzę na temat oświadczeń ze stron 126-131 oferty ZBM dot. doświadczenia Wykonawcy, Protestujący powziął już podczas pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty tj. 21.04.2009r., a nie jak wynika z protestu 10.07.2009 r., zatem zachodzi przesłanka do odrzucenia protestu w zakresie tego zarzutu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 7 ustawy PZP, jako protestu wniesionego z uchybieniem terminu, bowiem jak Zamawiający wskazał powyżej, przedmiotem wyjaśnień ZBM z dn. 08.07.2009r. był Potencjał Kadrowy, a nie Doświadczenie Wykonawcy, którego dotyczą zarzuty Protestującego.

III.

Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Protestującego, że mimo wyjaśnień złożonych przez spółkę ZBM IZ, oferta tego Wykonawcy, winna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 PZP.

Nieprawdą jest, że ZBM poprzestał wyłącznie na oświadczeniu, w którym stwierdził, że podana cena "umożliwia należyte wykonanie przedmiotowej usługi w zakresie określonym w przedmiocie zamówienia, zgodnie z obowiązującym prawem i w wyznaczonym terminie", tym bardziej, że Protestujący w dalszej części protestu sam wymienia inne czynniki, na które powołał się ZBM IZ w swoich wyjaśnieniach.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia wszystkich Wykonawców, których do tego wezwał, w sposób przewidziany w art. 90 ust. 2 PZP i zdaniem Zamawiającego, w wyjaśnieniach spółki ZBM znalazły się obiektywne czynniki, które wskazuje ustawa. Są nimi m. in.:

1. posiadanie dobrze zorganizowanej i funkcjonującej od wielu lat siatki biur,
2. dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych,
3. dysponowanie odpowiednim zapleczem techniczno -organizacyjno -logistycznym,
4. dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników,
5. doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem nadzorów inwestorskich na terenie Polski,
6. organizacja prac budowlanych w pełni wykorzystujących potencjał posiadany przez firmę,
7. stała współpraca z kadrą powodująca obniżenie kosztów osobowych,
8. trafne oszacowanie proporcji ryzyk i ceny,
9. racjonalny zysk,
10. rzetelne szacunki.

Brak jest zatem podstaw, aby twierdzić, że ZBM nie odniósł się do żadnej z kwestii, które ustawa wymienia w art. 90 ust. 2 PZP. Ustawodawca bowiem, nie zdefiniował szczegółowo jakie czynniki cenotwórcze można określić jako przynależne do zwrotów "oszczędność metody wykonania zamówienia"; "wybrane rozwiązania techniczne"; "wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy"; "oryginalność projektu wykonawcy": Zdaniem Zamawiającego czynniki, które ZBM zawarł w swych wyjaśnieniach, są uszczegółowieniem powyższych "haseł". Przedmiotowego wyjaśnienia obiektywnych czynników wskazanych w art. 90 ust. 2 PZP.

Ponadto Zamawiający w wystąpieniu do Wykonawców, prosił o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy PZP) i

spółka ZBM, w odpowiedzi na niniejsze wezwanie, owe elementy przedstawiła. Artykuł 90 ust. 2 PZP jest skierowany do czynności Zamawiającego, który zgodnie z tym artykułem, oceniając wyjaśnienia, winien brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów itp. Powyższe elementy oraz okoliczności będące podstawą oceny wyjaśnień, nie są katalogiem zamkniętym i Zamawiający może brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez Wykonawców, bowiem nawet w ramach jednego postępowania wysokość cen ofertowych determinuje wiele czynników. Należy przy tym zwrócić uwagę, że dla każdego z Wykonawców mogą to być zupełnie różne czynniki. Wyjaśnienia spółki ZBM IZ dowiodły, że kwota zaproponowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca odniósł się do wielu elementów ceny, których dotyczyło zapytanie. Wskazał jakie czynniki umożliwiły mu zaoferowanie atrakcyjnej i konkurencyjnej ceny zapewniającej zysk, przy jednoczesnym prawidłowym wykonaniu zamówienia. Wyjaśnienia te pozwoliły Zamawiającemu na ocenę, że w stosunku do ZBM IZ nie zachodzą przesłanki, o których mowa a art. 90 ust.3 ustawy PZP.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie m. in. ZBM, był już przedmiotem oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. KIO/UZP 679/09). Skład orzekający podzielił pogląd, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Protestującemu nie udało się wykazać, iż ceny ofertowe m. in. ZBM są nierealistyczne. KIO zauważyła także, że z pewnością nie można stwierdzić, że ceny zaoferowane przez m. in. ZBM są cenami nierynkowymi, skoro są na porównywalnym poziomie, tak samo, jak nie można arbitralnie uznać, że rażąco niska cena to taka, która o określony procent różni się od wartości zamówienia. Ocena ta jest tym bardziej trudna w odniesieniu do usług o charakterze niematerialnym z jakimi mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu jak i z uwagi na obecną sytuację rynkową. Nie sposób zauważyć, że obecnie trwający kryzys dotyka też rynku zamówień publicznych, czego efektem jest to, że firmy proponują dużo niższe ceny, niż wynika to z szacunków Zamawiającego. W czasie spowolnienia gospodarczego firmy bardziej agresywnie konkurują o zamówienia publiczne. Krajowa Izba Odwoławcza w jednym ze swych wyroków słusznie zauważyła, iż ustalenie, czy wystąpiła rażąco niska cena, poprzez porównanie jej z wartością zamówienia powiększoną o należyty podatek, jest tylko jednym ze sposobów badania. Z uwagi na obecną sytuację na rynku, bardziej miarodajne uznaje się porównanie zwycięskiej oferty z konkurencyjnymi (KIO/ UZP 1511/08). Przyjmując to założenie, Zamawiający tym bardziej nie może się zgodzić z zarzutem, iż cena ofertowa

ZBM IZ Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską. Powyższe stanowisko Zamawiającego jest zgodne również z kolejnym wyrokiem KIO z dnia 24.03.2009 r. (KIO/UZP 297/09), cyt:

„Pomiędzy datą sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, który stanowi podstawę ustalenia wartości szacunkowej, a terminem, w którym były przygotowywane i składane oferty, upłynął dość znaczny okres. Zmiany finansowo gospodarcze doprowadziły w drugiej połowie 2008 r. do znacznego spadku cen na materiały i roboty budowlane. Nie sposób pominąć tej okoliczności przy ocenie cen ofertowych złożonych w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, choć faktycznie przy odniesieniu ich do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia charakteryzują się niskim poziomem. Odniesienie kwestionowanych cen ofertowych wyłącznie do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia byłoby nieuzasadnione. Przy nagłej zmianie sytuacji rynkowej i cen panujących na tym rynku oraz długotrwałej procedurze udzielenia zamówienia konieczne jest odniesienie się do aktualnych cen rynkowych”.

Należy ponadto wskazać, iż wyjaśnienia złożone przez ZBM IZ zostały złożone z zachowaniem formy pisemnej prócz faksu, Wykonawca złożył oryginał w Kancelarii Zamawiającego w dn. 08.06.2009r., zatem w wyznaczonym terminie, dlatego zarzut niedochowania formy pisemnej, postawiony przez Protestującego w stosunku do ZBM, jest bezzasadny i niezrozumiały.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W ocenie Izby Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

Bowiem w przypadku potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w proteście i w odwołaniu, interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznałby uszczerbku, a wskazane naruszenia przepisów ustawy PZP miałyby wpływ na wynik postępowania.

W sytuacji uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostałaby ofertą najkorzystniejszą, po uprzednim odrzuceniu oferty Wykonawcy wybranego (Przystępującego – ZBM IZ).

Taki stan formalny i prawny wskazuje na możliwość naruszenia interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Reasumując powyższe czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy PZP do wniesienia odwołania.

W wyniku ponownego badania i oceny ofert, na podstawie nakazu z Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska

13 zwany dalej „ZBM IZ” („ZBM”), który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zwany dalej również „Przystępującym”.

Wyrokiem z dnia 10 czerwca 2009r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawach o Sygn. Akt KIO/UZP 666/09; KIO/UZP 667/09; KIO/UZP 668/09; KIO/UZP 669/09; KIO/UZP 679/09 uwzględniła odwołania złożone między innymi przez spółki: ZBM IZ (Przystępującego do przedmiotowego odwołania) i SAFEGE (Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu) i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust.3 i 4 oraz art. 90 ust.1 ustawy PZP.

Zamawiający pismem z dnia 03.07.2009r. wykonując Wyrok KIO zażądał od ZBM IZ wyjaśnień lub/i uzupełnienia dokumentów do złożonej oferty.

W wykonaniu wezwania pismem z dnia 08.07.2009r. ZBM IZ dokonał wyjaśnień i uzupełnień, które stanowiły podstawę do czynności Zamawiającego ponownego badania i oceny oferty ZBM IZ, a w efekcie tych czynności Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty ZBM IZ, którą to czynność oprotestował Odwołujący.

I. Co do zarzutu braku polisy ubezpieczeniowej zgodnej z SIWZ

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego co do posiadania przez ZBM IZ ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia oraz, iż klauzula zawarta w w § 4 ust. 2 pkt. 23 przywołanych w polisie ogólnych warunków umowy ubezpieczyciela, nie dyskwalifikuje polisy ZBM IZ z punktu widzenia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym w ocenie Izby przedłożona do oferty polisa wypełnia zapisy pkt 5.3.3.1. SIWZ .

O powyższym zdecydowała treść oświadczenia Ubezpieczyciela odnosząca się do Polisy Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej NR 000-08-430-05861926, stanowiąca odpowiedź na zarzuty Odwołującego, które to uznała Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku o Sygn. akt KIO/UZP 679/09 .

W ocenie Izby wbrew temu, co Odwołujący podnosi w proteście z dnia 20.07.2009r., Ubezpieczyciel poświadczył, że cytuję "polisa obejmuje swoim zakresem odpowiedzialność cywilną Ubezpieczonego i jego pracowników związaną z prowadzoną działalnością i posiadany mieniem w zakresie pośrednictwa inwestycyjnego i konsultingu tj. działalności

która jest naturalną dla charakteru prowadzonej działalności Ubezpieczonego, w tym działalności zgodnej z przedmiotem w/w zamówienia".

Tak jak w uzasadnieniu Krajowej Izby Odwoławczej dla oceny, czy Spółka ZBM IZ przedkładając sporną polisę ubezpieczenia do oferty, potwierdziła warunek określony w pkt. 5.3.3.1. SIWZ, Izba brała pod uwagę treść oświadczenia Ubezpieczyciela, jako odpowiedzialnego z polisy w razie wystąpienia ryzyka ubezpieczeniowego.

Oświadczenie Ubezpieczyciela zawiera wyjaśnienie, że Ogólne Warunki Ubezpieczenia, na które powołuje się Protestujący, nie mają w tym konkretnym przypadku zastosowania.

Towarzystwo Ubezpieczeń Allianz Polska Spółka Akcyjna tłumaczy, iż jak sama nazwa wskazuje "Ogólne" warunki zawierające standardowe zapisy, nie są tożsame z ofertą dostosowaną do specyfiki działalności kierowaną do konkretnego Ubezpieczonego.

Oświadczenie Ubezpieczyciela w tym zakresie, jest wiarygodne i wyczerpujące.

Tym samym Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że niezrozumiały jest argument Odwołującego, w którym poddaje wątpliwość intencji Ubezpieczyciela z uwagi na to, że jest to podmiot "zainteresowany wynikiem postępowania".

Bowiem Odwołujący poza samym powyższym stwierdzeniem nawet nie próbował wykazać na czym polega zainteresowanie Allianz w wyniku przedmiotowego postępowania.

Oczywistym jest również to, że taką sugestią Odwołujący podważa stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w Wyroku z dnia 10.06.2009 r. Sygn. akt KIO/UZP/679/09, zgodnie z którym " wobec zgłoszonych wątpliwości jedynie ubezpieczyciel jest legitymowany złożyć wyjaśnienie co do zakresu odpowiedzialności ubezpieczeniowej".

Nie można również zgodzić z Odwołującym, który podważa wiarygodność i skuteczność oświadczenia Ubezpieczyciela Allianz, ponieważ pozostaje ono w sprzeczności ze stanowiskiem, które Ubezpieczyciel Allianz zajął w stosunku do Odwołującego.

Izba również w tym zakresie podziela pogląd Zamawiającego, że taka interpretacja różnych stanowisk Ubezpieczyciela do różnych jego klientów nie podważa wiarygodności i skuteczności oświadczenia złożonego ZBM IZ.

Ponieważ nie można oceniać potencjału ekonomiczno-finansowego Spółki ZBM Inwestor Zastępczy przez pryzmat potencjału Odwołującego, jako potencjalnego klienta Allianz.

Pomimo, że z załączonego do protestu pisma wynika, Ubezpieczyciel Allianz na dzień 10.06.2009 r. nie chce nawiązać współpracy z SAFEGE S.A. oddział w Polsce w zakresie wskazanym przez SAFEGE to nie jest to dowód na to, że Ubezpieczyciel nie miał takiego zakresu ubezpieczenia w swojej ofercie dla ZBM IZ.

Reasumując fakt odmowy ubezpieczenia SAFEGE S.A. Oddział w Polsce nie stanowi dowodu, że ZBM Inwestor Zastępczy nie mógł uzyskać ubezpieczenia wynikającego z

oświadczenia Allianz skierowanego do ZBM IZ w piśmie z dnia 07.07.2009r. Jak wynika z oświadczenia Allianz, oferta ma charakter indywidualny i przygotowywana jest dla konkretnego potencjalnego Ubezpieczonego i specyfiki prowadzonej przez niego działalności, zatem zarzut Odwołującego, Izba uznała za bezpodstawny.

Na marginesie sprawy należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem § 1 ust.3 pkt3) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2006r. Nr 87, poz.605 ze zm. Dz.U. 2008r. Nr 188 poz. 1155) "W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać 3) polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności." Z powyższej regulacji wynika, że zamawiający może jedynie ograniczyć się do dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności. Natomiast żądanie Zamawiającego sprecyzowane w SIWZ w zakresie "zgodnym z przedmiotem zamówienia" wykracza poza regulację cytowanego powyżej zapisu Rozporządzenia. Wobec powyższego nawet w sytuacji braku oprotestowania zapisu przekraczającego regulację Rozporządzenia, w ocenie Izby, takie żądanie Zamawiającego jest bezskuteczne. Niemniej w przedmiotowej sytuacji ZBM IZ wykazał nawet zakres ubezpieczenia zgodnego z przedmiotem zamówienia. Bowiern jak wynika z oświadczenia Ubezpieczyciela z dnia 07.07.2009r. "Tym samym, po zapoznaniu się z całością dokumentacji przetargowej (w tym SIWZ), potwierdzamy iż wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. - wymogi ubezpieczeniowe określone w SIWZ spełnia obecnie oraz spełniał na dzień 16.03.2009r."

W ocenie Izby powyższe oświadczenie Ubezpieczyciela spełnia wszelkie wymogi co do jego skuteczności, ponieważ zostały podpisane przez Kierownika Zespołu Ubezpieczeń Odpowiedzialności Cywilnej Allianz oraz przez starszego specjalistę Ubezpieczeń OC Allianz, a Odwołujący nie wykazał braku upoważnienia powyższych przedstawicieli do składania oświadczeń w imieniu Allianz. Bowiern samo zakwestionowanie prawa do składania oświadczeń nie jest wystarczające do podważenia skuteczności oświadczenia. Natomiast żaden z przepisów oraz warunków SIWZ nie przewidywał załączenia upoważnień dla ubezpieczyciela wystawiającego polisę, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując zarzut braku polisy po stronie ZBM IZ zgodnej z wymogami SIWZ, w szczególności w kontekście złożonego oświadczenia Allianz, jest bezpodstawny.

II. Co do zarzutu braku doświadczenia zawodowego wykonawcy ZBM IZ

Izba w tym zakresie również podziela stanowisko Zamawiającego co do odróżnienia dokumentów załączonych na potwierdzenie warunku dot. Potencjału kadrowego od dokumentów załączonych na potwierdzenie warunku dot. Doświadczenia Wykonawcy. Przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego, na które powołuje się Odwołujący, były daty rozpoczęcia i zakończenia prac wskazanych w załączniku dot. doświadczenia Pana P. , zatem Potencjału Kadrowego. Protestujący, zaś daty rozpoczęcia i zakończenia prac Inspektora Nadzoru Robót Mostowych, odnosi do doświadczenia Wykonawcy. Powołując się w proteście na oświadczenia ze stron 126 -131 oferty ZBM IZ Sp. z o.o., próbuje wykazać, iż okres pełnienia funkcji konkretnego Inspektora Nadzoru Robót Mostowych -w tym przypadku Pana P. -winien pokrywać się z okresem pełnienia kompleksowej funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie, co jest oczywiście błędne. Wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. potwierdził spełnianie warunku doświadczenia, o którym mowa w pkt. 5.3.1 SIWZ tj. "w okresie ostatnich 3 lat, pełnił obowiązki Inżyniera Kontraktu na zadaniach o złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia (..); czego dowodem są także referencje załączone do oferty, w których podane są daty zakończenia pełnionych przez ZBM funkcji Inżyniera Kontraktu (np. str.132, 137 oferty ZBM). W toku przeprowadzonej rozprawy strony przedstawiły następujące wyjaśnienia. Odwołujący na rozprawie podniósł, iż wykonawca – ZBM IZ nie posiada doświadczenia zawodowego wymaganego w SIWZ w pkt 5.3.1 w zakresie, iż zadania, które wskazał wykonał w okresie ostatnich 3 lat.

Z kolei Zamawiający wyjaśnił, że doświadczenie zawodowe ZBM IZ nie było przedmiotem protestu w poprzednim postępowaniu odwoławczym, a Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązała Zamawiającego do wyjaśniania w zakresie doświadczenia kadry ZBM , tj. p. P., p. S.

Odwołujący, odnosząc się do powyższego stwierdzenia Zamawiającego, wyjaśnił, że na podstawie dokonanych wyjaśnień przez Zamawiającego, Odwołujący uważa, że w związku z przyjętymi wyjaśnieniami w zakresie doświadczenia kadry, którą dysponuje Przystępujący, Odwołujący uważa za nieprawdziwe, wykazy zawierające terminy realizacji inwestycji i daty podane w referencjach potwierdzających należyte wykonanie umowy – dotyczy to mostu Siekierkowskiego w Warszawie i mostu w Płocku

W związku z powyższym oświadczeniem Odwołujący wyjaśnił dalej, że P. P. był inspektorem nadzoru robót mostowych – most Siekierkowski w Warszawie, od 16.09.2004 do 30.05.2007r. Następnie na budowie mostu w Płocku od 11.09.2002r. do 30.06.2003r. Doświadczenie dotyczące mostu (str. 129 oferty) w zakresie mostu Siekierkowskiego w Warszawie podana jest data zakończenia robót 07.08.2007r. W zakresie mostu w Płocku

podana jest data zakończenia 25.10.2008r. Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 08.07.2009r. (str. 2, pkt 3 ad. 1.1.3 – trasa i most Siekierkowski), Przystępujący wskazuje, że faktyczne zakończenie prac na moście Siekierkowskim nastąpiło dnia 30.07.2002r., czyli istnieje rozbieżność 5 lat między wykazem w ofercie, a wyjaśnieniami z dnia 08.07.2009r. Odwołujący wyjaśnił, że przęsło mostowe zostało odebrane w roku 2002, a do 2007r. były robione węzły. Na podstawie akt stwierdza, się iż z referencji z dnia 12.11.2007r. dla budowy trasy Siekierkowskiej w Warszawie podano daty od 03.02.2000r. do 07.08.2008r. na podstawie oryginalnej oferty Przystępującego (str. 132). Odwołujący stwierdził, że faktycznie budowa trasy i mostu Siekierkowskiego trwała 7 lat, ale nadzór nad mostem wykonywany był tak jak podano w wyjaśnieniach 30.08.2002r. i w tym czasie została zakończona inwestycja mostowa. Wynika z tego, że robota ta jest starsza niż 3 lata, co narusza pkt 5.3.1 SIWZ. Ponadto Odwołujący stwierdził, że informacja, że most zakończono w roku 2002r. wynika ze strony internetowej Urzędu Miasta Warszawa.

Na rozprawie Zamawiający, odnosząc się do zarzutu Odwołującego, wyjaśnił, że wymóg doświadczenia wykonawcy dotyczył zadania jako całości, a nie samego mostu. W związku z tym w ocenie Zamawiającego, most mógł być wykonany w ramach zadania wcześniej niż 3 lata przed ogłoszeniem postępowania.

Zamawiający na rozprawie podaje, że pkt 5.3.2 SIWZ, z którego wynika, że wymóg w zakresie mostu dotyczył osób, a nie wykonawcy i nie było tu wymogu 3 lat wstecz od dnia wszczęcia postępowania.

Przystępujący na rozprawie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że w wyjaśnieniach z dnia 08.07.2009r. dokonał zmian w zakresie doświadczenia P. P., bowiem przywołał str. 16 oferty, z której wynika, że nadzór nad mostem Siekierkowskim p. P. wykonywał 01.05.2000r. do 30.08.2002r., a po wyjaśnieniach od 02.05.2000 (01.05 – święto), natomiast doświadczenie wykonawcy w zakresie całego zadania jest na str. 130 oferty i stanowi potwierdzenie na drugi element pkt 5.3.1 w zakresie drogowych obiektów inżynierskich. Jest to dowód na obiekt inżynierski w pojęciu szerszym – most z węzłami komunikacyjnymi, trasą dojazdową, a most w Płocku jest potwierdzeniem spełnienia drugiego elementu warunku pkt 5.3.1, tj. most z przęsłem nurtowym o rozpiętości co najmniej 90m (str. 130-131 oferty).

Odpowiadając na pytania, czy wiedzę o terminie realizacji inwestycji mostowej trasy siekierkowskiej można było podjąć na etapie pierwotnej oceny ofert, Odwołujący wyjaśnił, że wiedzy takiej nie posiadał, ponieważ posiadał ją dopiero na podstawie wyjaśnień Przystępującego po pierwotnej ocenie ofert (pismo z dnia 08.07.2009r.). Przy czym podtrzymał zarzut braku doświadczenia sformułowanego w proteście do wykonawcy a nie do osób.

Reasumując również na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzut braku posiadania doświadczenia zawodowego Wykonawcy, a nie personelu.

Izba podziela pogląd Zamawiającego, że wiedzę na temat oświadczeń ze stron 126-131 oferty ZBM dot. doświadczenia Wykonawcy, Odwołujący powziął już podczas pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty tj. 21.04.2009r., a nie jak wynika z protestu w dniu 10.07.2009 r., zatem zarzut jest spóźniony i nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Natomiast słusznie w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, że przedmiotem wyjaśnień ZBM z dn. 08.07.2009r. był Potencjał Kadrowy, a nie Doświadczenie Wykonawcy, którego dotyczą zarzuty Odwołującego.

W związku z powyższym zarzut dotyczący braku doświadczenia zawodowego Wykonawcy – ZBM IT jest spóźniony, a w zakresie potencjału kadrowego postępowanie wyjaśniające Zamawiającego wskazuje na spełnienie warunku udziału w postępowaniu zarówno w stosunku do P. Zbigniewa P. i P. Zdzisława S.

III. Co do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty ZBM IZ

Izba na podstawie oświadczeń złożonych na rozprawie nie uznała zarzutu rażąco niskiej ceny .

Izba również podzieliła pogląd Zamawiającego, że nieprawdą jest, że ZBM poprzestał wyłącznie na oświadczeniu, w którym stwierdził, że podana cena "umożliwia należyte wykonanie przedmiotowej usługi w zakresie określonym w przedmiocie zamówienia, zgodnie z obowiązującym prawem i w wyznaczonym terminie".

Zamawiający wezwał, w sposób przewidziany w art. 90 ust. 2 PZP i zdaniem Zamawiającego, w wyjaśnieniach spółki ZBM znalazły się obiektywne czynniki, które wskazuje ustawa. Są nimi m. in.:

11. posiadanie dobrze zorganizowanej i funkcjonującej od wielu lat siatki biur,
12. dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych,
13. dysponowanie odpowiednim zapleczem techniczno -organizacyjno -logistycznym,
14. dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników,
15. doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem nadzorów inwestorskich na terenie Polski,
16. organizacja prac budowlanych w pełni wykorzystujących potencjał posiadany przez firmę,
17. stała współpraca z kadrą powodująca obniżenie kosztów osobowych,
18. trafne oszacowanie proporcji ryzyk i ceny,

19. racjonalny zysk,
20. rzetelne szacunki.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że art. 90 ust. 2 PZP jest skierowany do czynności Zamawiającego, który zgodnie z tym artykułem, oceniając wyjaśnienia, winien brać pod uwagę obiektywne czynniki

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia spółki ZBM IZ dowiodły, że kwota zaproponowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską.

Wyjaśnienia te pozwoliły Zamawiającemu na ocenę, że w stosunku do ZBM IZ nie zachodzą przesłanki, o których mowa a art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie m. in. ZBM, był już przedmiotem oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. KIO/UZP 679/09). Skład orzekający podzielił pogląd, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby istotną okolicznością dla rozstrzygnięcia zarzutu rażąco niskiej ceny w przedmiotowej sprawie jest to, że Odwołujący oprócz postawienia zarzutu nie wykazał, że za zaoferowana kwota w ofercie na realizację zamówienia jest nierealistyczna, czyli poniżej kosztów wykonania. Protestującemu nie udało się wykazać, iż ceny ofertowe m. in. ZBM są nierealistyczne. KIO zauważyła także, że z pewnością nie można stwierdzić, że ceny zaoferowane przez m. in. ZBM są cenami nierynkowymi, skoro są na porównywalnym poziomie, tak samo, jak nie można arbitralnie uznać, że rażąco niska to taka, która o określony procent różni się od wartości zamówienia.

Nie sposób zauważyć, że obecnie trwający kryzys dotyka też rynku zamówień publicznych, czego efektem jest to, że firmy proponują dużo niższe ceny, niż wynika to z szacunków Zamawiającego. W czasie spowolnienia gospodarczego firmy bardziej agresywnie konkurują o zamówienia publiczne. Krajowa Izba Odwoławcza w jednym ze swych wyroków słusznie zauważyła, iż ustalenie, czy wystąpiła rażąco niska cena, poprzez porównanie jej z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek, jest tylko jednym ze sposobów badania. Z uwagi na obecną sytuację na rynku, bardziej miarodajne uznaje się porównanie zwycięskiej oferty z konkurencyjnymi (KIO/ UZP 1511/08).

W ocenie izby w przedmiotowej sprawie można przywołać wprost wyrok KIO z dnia 24.03.2009 r. (KIO/UZP 297/09), cyt:

„Pomiędzy datą sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, który stanowi podstawę ustalenia wartości szacunkowej, a terminem, w którym były przygotowywane i składane oferty, upłynął dość znaczny okres. Zmiany finansowo gospodarcze doprowadziły w drugiej połowie 2008 r. do znacznego spadku cen na materiały i roboty budowlane. Nie sposób pominąć tej okoliczności przy ocenie cen ofertowych złożonych w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, choć faktycznie przy odniesieniu ich do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia charakteryzują się niskim poziomem. Odniesienie kwestionowanych cen ofertowych wyłącznie do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia byłoby nieuzasadnione. Przy nagłej zmianie sytuacji rynkowej i cen panujących na tym rynku oraz długotrwałej procedurze udzielenia zamówienia konieczne jest odniesienie się do aktualnych cen rynkowych”.

Za przyjęciem podobnego stanowiska przemawiają wyjaśnienie złożone na rozprawie przez Przystępującego, którym nie zaprzeczył Odwołujący o następującej treści.

Przystępujący popiera stanowisko Zamawiającego. Zwraca uwagę na ogólny spadek cen na usługi objęte przedmiotem zamówienia i podnosi, iż jego oferta wynosi 1% ceny robót budowlanych i wskazuje, że ceny na nadzór właśnie na takim poziomie kształtują się obecnie na rynku. Prezes Przystępującego oświadcza, iż analiza ostatnich przetargów wskazuje, iż również firmy zagraniczne obniżają ceny na swoje usługi, a generalnie w ostatnim okresie ceny w stosunku do budżetów planowanych na realizację robót wahają się na poziomie 30-50%, a ceny usług na nadzór wahają się na poziomie od 0,75% wartości robót. Dla przykładu podaje, że wartość na usługę nadzoru w przetargu - droga ekspresowa S8 Powązkowska-Konotopa, kształtuje się na poziomie 0,97% wartości kontraktu na wykonawstwo. Ponadto wskazuje, iż na nadzór - droga ekspresowa S7/A1 Gdańsk-Koszwały – południowa obwodnica miasta Gdańsk, złożono 5 ofert od 0,75-0,97% i 4 oferty od 0,97 do 1,46% wartości zamówienia i to są firmy takiej Scott Wilson, DHV, Planege, Mott MacDonald, WS Atkins, SGS, MGGP oraz Przystępujący.

Ponadto zamawiający wyjaśnił na rozprawie.

Wg oświadczenia Zamawiającego, czemu nie zaprzecza Odwołujący, najtańszą ofertę złożyło Konsorcjum EGIS za kwotę brutto 8 806 651,00zł, drugą ofertą Mott MacDonald Limited – 9 076 800,00zł. Trzecia była oferta Przystępującego – 9 287 860,00zł. Następne było Konsorcjum Planege – 13 163 439,55zł, WS Atkins – 19 471 200,00zł. SAFEGE – 21 937 430,00zł, Ostatnia cenowo oferta Konsorcjum DHV – 26 909 662,00zł. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że wartość szacunkowa na roboty budowlane, wg szacunku Zamawiającego, wyniosła ponad 1 600 000 000 zł (netto). Umowa została zawarta na kwotę 977 000 000 zł (brutto). Zamawiający ustalając kwotę około 76 000 000 zł – wartość szacunkowa usługi netto i stanowiła 5% wartości.

Reasumując powyższe ustalenia i wyjaśnienia, w ocenie Izby, Zamawiający wyczerpał procedurę art.90 ustawy PZP zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10.06.2009r. KIO/UZP/679/09 i nie ustalił, iż cena zaofiarowana przez ZBM IZ wypełnia przesłanki ceny rażąco niskiej, a Odwołujący nie wykazał, że cena jest nierealistyczna, w szczególności w kontekście wyjaśnień jakie złożyli na rozprawie Przystępujący i Zamawiający, co do poziomu cen usługi nadzoru inwestorskiego w stosunku do ceny robót budowlanych oraz powszechnego spadku cen w budownictwie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust.6 i7 ustawy PZP.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....