

Sygn. akt: KIO 257/11

**WYROK**  
**z dnia 21 lutego 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:           Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant:               Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 lutego 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EGIS Poland sp. z o.o. w Warszawie oraz DHV Polska sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale uczestnika postępowania – **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Trakt sp. z o.o. sp. k. w Katowicach, Sener sp. z o.o. w Warszawie, Sener Ingenieria y Sistemas S.A., Vizcaya, Hiszpania**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EGIS Poland sp. z o.o. w Warszawie oraz DHV Polska sp. z o.o. w Warszawie** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EGIS Poland sp. z o.o.**

**w Warszawie oraz DHV Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EGIS Poland sp. z o.o. w Warszawie oraz DHV Polska sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: 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**.

.....

**Sygn. akt: KIO 257/11**

## **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00 – 848 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie dokumentacji projektowej dla autostrady A1 na odcinku Tuszyn – Pyrzowice.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 23 lipca 2010 r., co ustalono na podstawie protokołu postępowania: pkt 7 druku ZP-1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 143 – 220714.

W dniu 28 stycznia 2011 r. zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Egis Poland sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02 – 670 Warszawa oraz DHV Polska sp. z o.o., ul. Domaniewska 41, 02 – 672 Warszawa (dalej „odwołujący”) o złożeniu oferty najkorzystniejszej na zadanie 1 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Trakt sp. z o.o. sp. k., ul. Jesionowa 15, 40 – 159 Katowice, Sener sp. z .o., ul. Żelazna 28/30, 00 – 832 Warszawa, Sener Ingenieria y Sistemas S.A. Avenida de Zugazarte 56, 48930 Las Arenas, Vizcaya, Hiszpania (dalej „konsorcjum Trakt”).

Dnia 7 lutego 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu za pośrednictwem faksu tego samego dnia.

Odwołujący wniósł odwołanie na zaniechania i czynności zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez konsorcjum Trakt,
2. zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Trakt na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
3. błędnej ocenie wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Transprojekt Gdański sp. z o.o., Biuro Projektowo-Badawcze Dróg i Mostów Transprojekt Warszawa sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Transprojekt”) składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a co za tym idzie założeniu, że konsorcjum Transprojekt złożyło (wyczerpujące i wystarczające) wyjaśnienia oraz wskazało w swoich wyjaśnieniach obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaproponowanej ceny,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Transprojekt na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, jako 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;
5. zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

W konsekwencji odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty konsorcjum Trakt jako najkorzystniejszej,

- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum Transprojekt w konsekwencji uznania, że konsorcjum Transprojekt nie złożyło wyjaśnień, względnie, że złożone przez konsorcjum Transprojekt wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia konsorcjum Trakt,
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący zauważył, co następuje:

I. Zarzuty dotyczące oferty konsorcjum Trakt:

1.1. Odnośnie doświadczenia Pana Grzegorza N. - kandydata na stanowisko głównego projektanta branży drogowej:

Konsorcjum Trakt wskazało w swojej ofercie na część I zamówienia na stanowisko głównego projektanta branży drogowej opisane w pkt. 6.2.3.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia dalej „siwz” Pana Grzegorza N., wykazując mu łącznie 72 m-ce (tj. 6 lat) doświadczenia w projektowaniu dróg klasy A lub S. Przy czym zdaniem odwołującego 3 lata i 9 miesięcy z wykazanego okresu rzeczywiście dotyczy projektowania dróg klasy A lub S, natomiast w zakresie pozostałego okresu konsorcjum trakt złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Konsorcjum Trakt podało, iż w okresie od kwietnia 2002 r. do kwietnia 2004 r. Pan Grzegorz N. pracował i zdobywał doświadczenie na stanowisku projektanta branży drogowej przy opracowywaniu projektu budowlanego, projektu wykonawczego i dokumentacji przetargowej dla drogi ekspresowej S-69 odcinek Przybędza -Milówka od km 26+900 do km 37+100. Natomiast zgodnie z pismem GDDKiA z dnia 19 stycznia 2011 r. (znak pisma GDDKiA/0/KA-P2/ak/41111/150/11), które stanowi załącznik nr 4 do odwołania, realizacja umowy dla niniejszego projektu zakończyła się na opracowaniu dokumentacji geologiczno - inżynierskiej, pozostałych zaś - czyli żadnych innych - opracowań nie wykonano. Dokumentacja geologiczno - inżynierska została opracowana do kwietnia 2004 r. w związku z czym Pan Grzegorz N. nie mógł w latach 2002-2004 opracować dokumentacji projektowej w jakimkolwiek stadium (w tym w szczególności projektu budowlanego w wykonawczego), skoro dopiero w 2004 r. opracowano dokumentację geologiczno - inżynierską, która to dokumentacja wraz z mapami do celów projektowych stanowią niezbędne dane wejściowe do etapu projektowania. Jest to zatem w ocenie wnoszącego odwołanie nieprawdziwa informacja mająca wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego, gdyż bez niniejszego doświadczenia Pan Grzegorz N. nie spełnia wymogu 5 letniego doświadczenia w projektowaniu dróg klasy A lub S.

1.2. Odnośnie doświadczenia Pana Marka S. - kandydata na stanowisko kierownika

zespołu projektowego:

Konsorcjum Trakt wskazało w swojej ofercie na część I zamówienia na kierownika zespołu projektowego opisane w pkt. 6.2.3.b) siwz Pana Marka S., wykazując mu łącznie 69 miesięcy (tj. 5 lat i 9 miesięcy) doświadczenia w projektowaniu dróg klasy A lub S w tym dokumentację realizowaną w okresie od maja 2007 r. do czerwca 2009 r. (26 miesięcy) dotyczącą projektu budowlanego i wykonawczego, dokumentacji przetargowej dla budowy autostrady A1 węzeł Czerniewice - granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego, odcinek Brzeziny-Kowal od km 186+348 do km 215+850 i oświadczyło, że dla tego zadania Pan Marek S. pełnił funkcję kierownika zespołu projektowego. Natomiast z pisma GDDKiA z dnia 3 lutego 2011r. (znak pisma GDDKiA/0/BY-P6-km-4113-41-417/10), które stanowi załącznik nr 5 do odwołania, umowa między zamawiającym a wykonawcą (konsorcjum BPBK Trakt/Sener) na realizację dokumentacji dla wyżej wymienionego zadania w ogóle nie przewidywała funkcji kierownika zespołu projektowego, zaś głównym projektantem był Pan Grzegorz N. Natomiast głównym weryfikatorem w ramach przywołanej umowy była spółka Complex Projekt sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe / MGGP S.A. (na podstawie odrębnej umowy z dnia 27 września 2007 r.). Oznacza to w opinii odwołującego, że Pan Marek S. nie mógł pełnić w ramach powołanej umowy żadnej funkcji z wymaganych przez zamawiającego w siwz, w tym w szczególności - jak podano w ofercie - funkcji kierownika zespołu projektowego. Odwołujący w konsekwencji stwierdził, iż załączone pismo z GDDKiA dowodzi, że konsorcjum Trakt złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż po wyłączeniu spornego doświadczenia Pan Marek S. nie spełnia wymogów zamawiającego zarówno w zakresie posiadania 5 letniego doświadczenia zawodowego w projektowaniu dróg klasy A lub S, jak również wymogu posiadania doświadczenia w wykonaniu minimum 2 dokumentacji projektowych składających się z co najmniej z projektów budowlanych dla budowy lub przebudowy dróg klasy A lub S o długości minimum 20 km każda na stanowisku kierownika zespołu projektowego lub głównego projektanta lub głównego weryfikatora.

Odwołujący zatem podniósł, iż konsorcjum Trakt powinno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp. Dodał, iż zamawiający nie ma podstaw prawnych do wezwania konsorcjum Trakt do wyjaśnień w tym zakresie. Powołując się na orzecznictwo Izby argumentował, iż nie jest dopuszczalne zastąpienie nieprawdziwych informacji tymi odpowiadającymi prawdzie i zastosowanie w takiej sytuacji art. 26 ust. 3 Pzp.

II. Zarzuty dotyczące oferty konsorcjum Transprojekt:

Odwołujący podniósł, odnosząc się do treści udzielonych przez konsorcjum Transprojekt wyjaśnień, iż ofertę konsorcjum Transprojekt należało odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3

ustawy. Podkreślił, iż w świetle podanych przez konsorcjum Transprojekt okoliczności takich jak:

- posiadanie odpowiedniego doświadczenia oraz kadry, a także
- założenie minimalnego zysku

nie sposób uznać, iż stanowią one obiektywne czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp. Przepis ten zdaniem odwołującego stanowi, iż oceniając wyjaśnienia zamawiający bierze pod uwagę jedynie obiektywne czynniki takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, czy oryginalność projektu wykonawcy. Odwołujący wyjaśnił, iż okoliczności podane przez konsorcjum Transprojekt nie stanowią obiektywnych czynników, choćby podobnych rodzajowo do czynników przykładowo wymienionych przez ustawodawcę w art. 90 ust. 2 Pzp. Argumentował, iż wskazane przez konsorcjum Transprojekt czynniki kształtujące poziom cen powinny być wzięte pod uwagę także przez innych wykonawców, zatem nie mają one charakteru okoliczności obiektywnych. Sformułował tym samym w odwołaniu wątpliwość, dlaczego przy podobnych założeniach poszczególni wykonawcy uzyskali dość znacznie różniące się ceny. Tym samym odwołujący stwierdził, iż oferta konsorcjum Transprojekt powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 8 lutego 2011 r. do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Trakt zgłosiło pismem z dnia 9 lutego 2011 r. (wpływ do Prezesa Izby w dniu 10 lutego 2011 r. potwierdzony prezentatą) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Kopię przystąpienia przekazano w dniu 10 lutego 2011 r. zamawiającemu oraz odwołującemu.

Na rozprawie w dniu 17 lutego 2011 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy zadania (pkt 4.1 siwz). Wartość szacunkowa części I zamówienia (wraz z zamówieniami uzupełniającymi o wartości 20% zamówienia podstawowego) określona została na kwotę 69 889 577,82 (pkt 2 druku ZP-1).

Zamawiający opisując sposób oceny spełniania przez wykonawców warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w pkt. 6.2.3.b) siwz postanowił, iż wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca zobowiązany został do wskazania na każdą funkcję osoby spełniające m.in. następujące wymagania:

- kierownik zespołu projektowego: co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu dróg klasy A lub S w tym wykonanie minimum 2 dokumentacji projektowych składających się co najmniej z projektów budowlanych dla budowy lub przebudowy dróg klasy A lub S o długości minimum dla części I 20 km każda – na stanowisku kierownika zespołu projektowego lub głównego projektanta lub głównego weryfikatora (pkt. 6.2.3.b.1 siwz),

- główny projektant branży drogowej: co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu dróg klasy A lub S w tym opracowanie lub zweryfikowanie minimum 2 dokumentacji projektowych składających się co najmniej z projektów budowlanych dla budowy lub przebudowy dróg klasy A lub S o długości minimum dla części I 20 km każda – na stanowisku kierownika zespołu projektowego lub głównego projektanta lub głównego weryfikatora branży drogowej (pkt. 6.2.3.b.2 siwz).

W pkt. 7.1.3 siwz wskazano, iż na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt. 6.2 siwz, należy przedłożyć m.in. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakres wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający w siwz zawarł wzór omawianego oświadczenia (potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia: formularz 3.3), w którym kolumna 5 została opisana w następujący sposób: „kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie potwierdzające spełnianie wymagań”.

Element siwz stanowi także tabela opracowań projektowych (formularz 2.2) w wersji ustalonej ostatecznie dla zadania 1 pismem z dnia 4 października 2010 r., w której m.in. wymienione zostały w kolumnie 3 poszczególne opracowania projektowe, w tym

dokumentacja geologiczno – inżynierska (poz. 5). Wypełniony formularz 2.2 stanowi treść oferty wykonawcy (pkt 8.5.1 siwz).

Dalej w pkt. 9 siwz zamawiający opisał sposób obliczenia ceny precyzując, iż w cenie ofertowej wykonawca powinien ująć wszelkie koszty związane z wykonaniem dokumentacji projektowej, w tym koszty towarzyszące jak koszty ubezpieczenia, wypisów, wyrysów, uzgodnień itp., niezbędne dla pełnego i prawidłowego wykonania zamówienia oraz koszty nadzoru autorskiego oraz koszty przygotowania odpowiedzi na pytania i zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 9.1 siwz). Dla wszystkich pozycji należało ustalić na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i wpisać ceny ryczałtowe oraz jednostkowe tak jak jest to wymagane w formularzu tabeli opracowań projektowych i w specyfikacjach technicznych.

Za realizację zamówienia przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe (par. 2 ust. 1 istotnych postanowień umowy – tom II siwz).

Odpowiadając na tak ukształtowane postanowienia siwz na zadanie 1 ofertę złożyło 8 wykonawców (załącznik do protokołu postępowania: druk ZP-12) w tym odwołujący oferując realizację zamówienia za cenę ofertową brutto 13 379 740 zł, konsorcjum Trakt oferując realizację części I zamówienia za cenę netto 9 469 500 zł (brutto: 11 552 790 zł), konsorcjum Transprojekt oferując realizację części I zamówienia za cenę netto 10 630 000 zł (brutto: 12 968 600 zł). Ceny ofertowe brutto kształtowały się w przedziale od 8 172 780 zł (Arcadis sp. z o.o. w Warszawie) do 17 797 970 zł (wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Complex Projekt sp. z o.o. w Katowicach oraz Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów Transprojekt sp. z o.o. w Krakowie).

Do oferty konsorcjum Trakt załączono wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (k. 15 – 24 oferty). Na stanowisko kierownika zespołu projektowego wskazano Pana Marka S., który w okresie od maja 2007 r. do czerwca 2009 r. pełnił funkcję kierownika zespołu projektowego dla zadania: projekt budowlany i wykonawczy, dokumentacja przetargowa dla budowy autostrady A1 węzeł Czerniewice - granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego, odcinek Brzezie-Kowal od km 186+348 do km 215+850. Ponadto wskazano, iż Pan Marek S. brał udział, jako kierownik zespołu projektowego, w realizacji zadania: projekt rozbudowy drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Rawa Mazowiecka – granica województwa łódzkiego odcinek od km 386 + 000 do km 408 +

805 przez okres od maja 2007 r. do czerwca 2009 r. (kolumna 5 formularza 3.3, k.15 - 16 oferty).

Na stanowisko głównego projektanta w branży drogowej wskazano Pana Grzegorza N. podając m.in., iż w okresie od kwietnia 2002 r. do kwietnia 2004 r. Pan Grzegorz N. zajmował stanowisko projektanta branży drogowej dla zadania: projekt budowy drogi ekspresowej S – 69 odcinek Przybędza - Milówka od km 26+900 do km 37+000. Zakres opracowania: projekt budowlany, projekt wykonawczy i dokumentacja przetargowa (kolumna 5 formularza 3.3, k. 18 oferty).

Pismem z dnia 27 października 2010 r. zamawiający wystąpił do konsorcjum Transprojekt m.in. o wyjaśnienie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie zadania 1. Zamawiający poinformował, iż oceniając wyjaśnienia wykonawcy będzie brał 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. Zamawiający wskazał także, iż odwołujący powinien udowodnić zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, nie będzie ponosił strat. Dalej stwierdził, iż odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum Transprojekt wyjaśniło pismem z dnia 4 listopada 2010 r. w odniesieniu do ceny zaoferowanej za realizację zadania 1, iż dokonało kalkulacji kosztów opracowania przedmiotu zamówienia przy założeniu „absolutnie minimalnego zysku” uwzględniając obiektywne czynniki wynikające z „dużej znajomości tematu oraz wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia”. Wskazało na wieloletnie doświadczenie w realizacji zamówień polegających na projektowaniu dróg szybkiego ruchu i autostrad. Ustosunkowując się do poszczególnych pozycji zawartych w formularzu 2.2 załączonym do oferty wskazało, co do analizy i prognozy ruchu, że duże doświadczenie i posiadane materiały źródłowe pozwoliły na przyjęcie kosztów pozycji na poziomie kosztów Biura. W zakresie mapy do celów projektowych i opracowania geotechnicznego wskazało na uzyskane w negocjacjach z podwykonawcami „niskie ceny jednostkowe opracowań geodezyjnych i geologicznych”. Dodało, iż na podstawie posiadanej bazy danych ograniczyło ilość badań do niezbędnego – zgodnie z przepisami – zakresu. Odnosząc się do opracowania koncepcji, projektu

budowlanego i wykonawczego przyjęto zasadę stosowania rozwiązań typowych i powtarzalnych szczególnie w zakresie drogowych obiektów inżynierskich, elementów odwodnienia dróg, detali mostowych i drogowych. Powołując się na doświadczenie w projektowaniu autostrad stwierdziło, iż możliwym było obniżenie cen opracowania w zakresie węzłów drogowych, przepustów, dróg serwisowych oraz rozwiązań konstrukcyjnych obiektów. W podsumowaniu zostało podkreślone, iż powołane okoliczności pozwalają na stwierdzenie, że przyjęta w ofercie cena jest uzasadniona i została skalkulowana ma poziomie kosztów konsorcjum Transprojekt oraz umożliwia realizację zamówienia w zakresie zgodnym z obowiązującymi przepisami techniczno – budowlanymi.

W konsekwencji zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą na zadanie 1 ofertę złożoną przez konsorcjum Trakt, z czym nie zgodził się odwołujący wnosząc odwołanie. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko pismem z dnia 15 lutego 2011 r. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

#### **Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Zostało także ustalone, iż konsorcjum Trakt przystąpiło skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uzyskując status uczestnika postępowania.

Przechodząc do zarzutów odwołania należy stwierdzić, iż w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, odwołanie należało oddalić, bowiem żaden podniesionych zarzutów nie potwierdził się.

#### **I. Zarzuty dotyczące oferty konsorcjum Trakt:**

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest odmienna ocena dokumentów załączonych do oferty konsorcjum Trakt (potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia: formularz 3.3) w kontekście zaktualizowania się na gruncie badanej sprawy przesłanki wykluczenia konsorcjum Trakt z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania).

Izba wyraża pogląd, iż do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywa na odwołującym.

Analiza zebranego materiału dowodowego w świetle przedstawionej przez Izbę wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie daje podstaw do stwierdzenia, iż konsorcjum Trakt złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

### **1.1. Odnośnie doświadczenia Pana Grzegorza N. - kandydata na stanowisko głównego projektanta branży drogowej:**

Za okoliczność niesporną, w świetle stanowiska zamawiającego oraz konsorcjum Trakt prezentowanego na rozprawie oraz uwzględniając treść pisma GDDKiA w Katowicach z dnia 19 stycznia 2011 r., Izba uznała, iż Pan Grzegorz N. pełniąc funkcję projektanta branży drogowej dla zadania: projekt budowy drogi ekspresowej S-69 odcinek Przybędza –

Milówka od km 26+900 do km 37+000 nie zrealizował projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz dokumentacji projektowej, zatem w tym zakresie w konsorcjum Trakt złożyło nieprawdziwe informacje. Pozostaje zatem do rozstrzygnięcia ich wpływ na wynik postępowania.

Kluczowe znaczenie dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu odwołania przyznać należy treści pkt. 6.2.3.b.2 siwz opisującego doświadczenie wymagane od osoby mającej tę funkcję pełnić oraz postanowienie formularza 3.3. załączonego do siwz, w którym wymagano podania informacji m.in. o doświadczeniu potwierdzającym spełnianie wymagań.

Podkreślenia wymaga, iż siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Zamawiającemu nie wolno oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz wymagań zamawiającego, w tym w odniesieniu do sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu zdefiniowanych w siwz.

W odniesieniu do znaczenia i determinowanego znaczeniem zastosowania postanowień siwz dotyczących warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, iż w razie wątpliwości, co do ich rzeczywistej treści, podmiotem w pierwszej kolejności uprawnionym do dokonywania wykładni używanych przez siebie wyrażen i zwrotów jest ich autor, czyli w tym przypadku zamawiający. Wykładnia autentyczna postanowień siwz powinna być dokonywana przez zamawiającego w kontekście ich literalnego brzmienia, ale także z uwzględnieniem celu regulacji ustawowej normującej dane zagadnienie. W świetle dyrektywy wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp postanowienia dotyczące opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu nie powinny być interpretowane zawężająco, tj. w sposób prowadzący do ograniczenia konkurencji poprzez ograniczanie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie.

W tym kontekście należy odnieść się do treści pkt. 6.2.3.b.2 siwz wskazując, iż podlegającym wykładni postanowieniom siwz dotyczącym przede wszystkim pojęcia „doświadczenia w projektowaniu” zasadnym jest przypisanie znaczenia wskazywanego przez zamawiającego.

Podnieść trzeba, iż zamawiający nie zdefiniował w siwz, co należy rozumieć przez „doświadczenie w projektowaniu”. Niewątpliwie jednak zdaniem Izby rację ma zamawiający oraz konsorcjum Trakt, iż tak opisane doświadczenie obejmuje nie tylko wykonanie projektu budowlanego, lecz wszystkie fazy procesu projektowego, którego finalnym produktem jest dokumentacja projektowa. Jak słusznie podniosło na rozprawie konsorcjum Trakt z brzmienia analizowanego postanowienia siwz wynika, iż zamawiający nie wymagał dla potrzeb udowodnienia pięcioletniego doświadczenia zawodowego w projektowaniu dróg (poza dwoma dokumentacjami projektowymi wprost wymienionymi w siwz), wykazania realizacji dokumentacji projektowej. Treść siwz w tym zakresie nie pozostawia wątpliwości, iż wymagane było doświadczenie w projektowaniu dróg, przez co można rozumieć pewien ciąg następujących po sobie czynności, obejmujących opracowanie dokumentów, które prowadzą do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej, w tym projektu budowlanego. Zamawiający zasadnie w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 lutego 2011 r. argumentował, iż nie podał w siwz konkretnej fazy (części) projektu, którego projektowanie ma dotyczyć dopuszczając możliwość wykazania doświadczenia zawodowego w projektowaniu osoby zaproponowanej na stanowisko głównego projektanta branży drogowej na wszelkich etapach tego procesu. Zatem prawidłowo zamawiający uznał, iż dla spełnienia omawianego warunku wystarczające jest uczestnictwo w realizacji dokumentacji projektowej niezależnie od stadium wykonywanych prac projektowych, w tym w fazie przygotowawczej, wstępnej. Brzmienie siwz nie daje podstaw także do twierdzenia, iż proces ten musiał być zakończony dla danego opracowania projektowego.

Izba dokonując oceny spornych postanowień siwz nie mogła pominąć także treści załączonego do siwz formularza 2.2, w którym zamawiający w kolumnie 3 pt. „Wyszczególnienie opracowań projektowych” wymienił szereg dokumentów jak np. projekt prac geologicznych, analiza i prognoza ruchu, dokumentacja geologiczno – inżynierska, raport oddziaływania na środowisko do ponownej ceny oddziaływania, projekt budowlany, projekt wykonawczy, dokumentacja przetargowa. Zatem zamawiający w treści siwz dał podstawy do tego, aby przez doświadczenie w projektowaniu rozumieć nie tylko doświadczenie wyrażające się w wykonaniu dokumentacji projektowej (projektu budowlanego, projektu wykonawczego czy koncepcji). Siwz należy traktować w sposób kompleksowy przyjmując, iż na jej gruncie jednakowym pojęciom nadaje się taką samą treść, chyba że co innego wprost wynika z treści siwz.

Konsekwencją przyjętego przez Izbę zapatrywania jest stwierdzenie, iż w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego potencjału kadrowego w kwestionowanym przez odwołującego zakresie należało w formularzu 3.3 (korespondującym z postanowieniami pkt.

7.1.3 siwz) wykazać pięcioletnie doświadczenie w projektowaniu dróg na określonych w pkt. 6.2.3.b.2 siwz stanowiskach, co konsorcjum Trakt uczyniło. W formularzu 3.3 załączonym do oferty (k.18) została podana funkcja, która ma być Panu Grzegorzowi N.i powierzona (zakres wykonywanych w toku realizacji przedmiotowego zamówienia zadań), tj. główny projektant branży drogowej, stanowisko, na którym Pan Grzegorz N. zdobywał doświadczenie (projektant branży drogowej) przy realizacji zadania: projekt budowy określonej drogi ekspresowej oraz w jakim okresie (od kwietnia 2002 r. do kwietnia 2004 r.). Zatem dane te pozwalają stwierdzić, że Pan Grzegorz N. - którego zakres zadań obejmować ma pełnienie funkcji głównego projektanta branży drogowej - przez określony czas brał udział w projektowaniu oznaczonej drogi ekspresowej, co wyczerpuje wymaganie zamawiającego określone w pkt. 6.2.3.b.2 siwz. Tym samym jako pozbawione wpływu na wynik postępowania zakwalifikować należy nieprawdziwe informacje wskazujące, iż zakres opracowania obejmował projekt budowlany, projekt wykonawczy, dokumentację projektową. Izba wyraża pogląd, iż zamawiający nie wymagał bardziej szczegółowego opisywania posiadanego doświadczenia, gdyż taki obowiązek nie został wyartykułowany w treści siwz, w szczególności w załączonym do niej formularzu 3.3. Zatem dodatkowe informacje, do których złożenia wykonawca nie był zobowiązany i które dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie były konieczne, należy potraktować jako pozbawione doniosłości prawnej. Jeśli zamawiający oczekiwałby od wykonawców w zakresie dotyczącym doświadczenia bardziej szczegółowego scharakteryzowania, na czym polegał udział danej osoby w projektowaniu, wykonanie jakich opracowań obejmował, wymagania takie powinny znaleźć odzwierciedlenie w treści siwz, co w okolicznościach faktycznych sprawy nie miało miejsca. Wykonawca miał obowiązek wykazania w ofercie (formularz 3.3) co najmniej dwóch projektów budowlanych i w tym zakresie niezbędne było, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podanie, iż udział danej osoby w realizacji zamówienia wyraził się w wykonaniu projektu budowlanego. Obowiązek taki nie dotyczył pozostałego zakresu wymaganego pięcioletniego doświadczenia w projektowaniu.

Przedstawione przez konsorcjum Trakt w toku rozprawy dokumenty (umowa nr PR-257/2001 z dnia 20 kwietnia 2001 r. wraz z aneksem nr 2 z dnia 10 czerwca 2003 r. oraz protokół w sprawie przerwania prac projektowych z dnia 8 stycznia 2004 r. zawierający tabelę elementów) potwierdziły prawdziwość twierdzeń konsorcjum Trakt w zakresie dotyczącym wymaganego doświadczenia w projektowaniu w rozumieniu ustalonym powyżej przez Izbę. Z par. 4 ust. 1 umowy nr PR – 257/2001 wynika wprost, iż Pan Grzegorz N. kierował pracami projektowymi będącymi przedmiotem umowy (opracowanie dokumentacji projektowej na budowę drogi ekspresowej S – 94: par. 1 ust. 1 umowy). Na podstawie protokołu z dnia 8 stycznia 2004 r. w zestawieniu z tabelą elementów stwierdzić także należy, iż „dokumentacja

projektowa na budowę drogi ekspresowej S – 69” odcinek Przybędza – Milówka obejmowała wykonanie numerycznej mapy sytuacyjno – wysokościowej dla celów projektowych, materiałów do uzyskania decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, raportu oddziaływania na środowisko w fazie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, projektu prac geologiczny w zakresie badań geologiczno – inżynierskich, które to opracowania projektowe zostały wykonane. Spośród wskazanych w tabeli elementów „opracowań projektowych” nie zrealizowano natomiast m.in. projektu wykonawczego, materiałów przetargowych, projektu budowlanego. Zatem i na gruncie zamówienia realizowanego na podstawie umowy nr PR-257/2001 zamawiający – GDDKiA posługiwał się pojęciem opracowania projektowego w znaczeniu szerokim, analogicznie jak w siwz sporządzonej dla potrzeb niniejszego postępowania. Natomiast Pan Grzegorz N. jako projektant uczestniczył w powołanych wyżej wstępnych fazach projektowania, co jak zostało już przez Izbę wskazane, w świetle postanowień siwz uznać należało za wystarczające dla wykazania spełnienia w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie udowodnił tezy przeciwnej.

Tym samym w okolicznościach badanej sprawy Izba nie dopatrzyła się podstaw do wykluczenia konsorcjum Trakt z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wpływ na wynik postępowania (potencjalny wpływ) nie może być przez Izbę domniemywany i stanowić wyłącznie konsekwencję przyjętej przez odwołującego interpretacji postanowień siwz, odbiegającej od tej, którą zarówno zamawiający, jak i konsorcjum Trakt oraz Izba uznali za uprawnioną.

### **1.2.Odnośnie doświadczenia Pana Marka S. - kandydata na stanowisko kierownika zespołu projektowego:**

Odwołujący nie udowodnił, iż Pan Marek S. nie pełnił funkcji kierownika zespołu projektowego dla zadania: projekt budowlany i wykonawczy, dokumentacja przetargowa dla budowy autostrady A1 węzeł Czerniewice - granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego, odcinek Brzezie-Kowal od km 186+348 do km 215+850. Przedstawione przez odwołującego pismo GDDKiA w Bydgoszczy z dnia 3 lutego 2011 r. (załącznik nr 5 do odwołania) wraz z zapytaniem skierowanym do GDDKiA w Bydgoszczy z dnia 13 grudnia 2010 r. (pkt 4 pisma) stanowi potwierdzenie wyłącznie tego, że umowa między zamawiającym a wykonawcą (konsorcjum Biuro Projektów Budownictwa Komunikacyjnego Trakt oraz Sener Ingenieria y Sistemas S.A.) na realizację dokumentacji dla wyżej wymienionego zadania nie przewidywała funkcji kierownika zespołu projektowego. Natomiast jak wynika z przedłożonych na rozprawie przez konsorcjum Trakt dokumentów (art. 15 ust. 2

umowy konsorcjum z dnia 28 marca 2007 r., protokół z zebrania Komitetu Zarządzającego z dnia 31 maja 2007 r.) Pan Marek S. pełnił funkcję przewodniczącego Komitetu Zarządzającego, do którego kompetencji należało m.in. pełnienie funkcji kierownika zespołu projektowego.

Z przedłożonego przez konsorcjum Trakt w toku rozprawy wydruku Programu Zapewnienia Jakości (wersja 3 ze stycznia 2008 r.) nie wynika, aby dokument ten był zaakceptowany przez zamawiającego – GDDKiA w Bydgoszczy, a ponadto dotyczy autostrady A1 węzeł Czerniewice - granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego od km 151+900 do km 230+817, a zatem innego, niż powołany w formularzu 3.3 do oferty konsorcjum Trakt. Nie zostało w nim także potwierdzone, iż zostanie ustanowione przez wykonawcę stanowisko kierownika zespołu projektowego. Pozostaje to jednak bez znaczenia dla oceny, czy Pana Marek S. zajmował stanowisko kierownika zespołu projektowego, gdyż - jak słusznie podniosło konsorcjum Trakt w piśmie z dnia 15 lutego 2011 r. - funkcja kierownika zespołu projektowego jest stanowiskiem o zadaniach określonych zgodnie z potrzebami wykonawcy projektu, chyba że zamawiający przewidzi taką funkcję w siwz, w szczególności w projekcie umowy, określając jej zakres zadań. Zatem skoro – co nie było sporne między stronami – funkcja kierownika projektu nie jest zdefiniowana przepisami prawa oraz nie została sprecyzowana przez zamawiającego także w niniejszym postępowaniu i może ją utworzyć sam wykonawca zgodnie ze swoimi potrzebami, przedstawione dowody były wystarczające do stwierdzenia, iż taka funkcja była pełniona przez Pana Grzegorza S.

W toku rozprawy odwołujący przyznał, że przedstawione przez przystępującego Trakt dokumenty potwierdzają pełnienie przez Pana Marka S. funkcji kierownika zespołu projektowego przez okres 6 miesięcy (zdaniem odwołującego powołane dokumenty wskazują na rotacyjny charakter funkcji kierownika zespołu projektowego). Rozstrzygając, czy stanowisko odwołującego w tym zakresie jest zasadne, Izba zauważa, iż analiza przedstawionych przez konsorcjum Trakt na rozprawie dokumentów uzasadnia tezę o rotacyjnym charakterze funkcji przewodniczącego Komitetu Zarządzającego. Z treści art. 15 ust. 1 umowy konsorcjum z dnia 28 marca 2007 r. wynika, iż w skład Komitetu Zarządzającego ze strony Trakt – jako jego przedstawiciele - wchodzi Pan Marek S. oraz Pan Grzegorz Chowaniec. Dalej w art. 15 ust. 2 powołanej umowy konsorcjum wprost postanowiono, iż Komitet Zarządzający nominuje przewodniczącego spośród przedstawicieli na okres 6 miesięcy, po upływie którego jeden z przedstawicieli drugiej strony będzie nominowany jako przewodniczący na kolejne 6 miesięcy „i tak dalej na przemian, aż do wygaśnięcia” umowy. Z protokołu z zebrania Komitetu Zarządzającego z dnia 31 maja 2007 r. potwierdzającego wybór Pana Marka S. na funkcję przewodniczącego Komitetu

Zarządzającego wynika, iż przewodniczący Komitetu Zarządzającego będzie m.in. pełnił funkcję kierownika zespołu projektowego. Istotnie, z umowy konsorcjum wynika, że osoba na stanowisku przewodniczącego Komitetu Zarządzającego będzie zmieniała się co 6 miesięcy. Jednak kwestia, kto będzie pełnił funkcję kierownika zespołu projektowego, nie została uregulowana w umowie konsorcjum. Umowa konsorcjum w ogóle takiej funkcji nie przewiduje i się do niej nie odnosi. Dopiero w protokole z zebrania Komitetu Zarządzającego z dnia 31 maja 2007 r. zostało wskazane, iż osobą pełniącą funkcję kierownika zespołu projektowego będzie przewodniczący Komitetu Zarządzającego – Pan Marek S. Z dokumentu tego nie wynika jednoznacznie, iż po upływie 6 miesięcy Pan Marek S. przestawnie być kierownikiem zespołu projektowego. Nie jest wykluczone, iż z upływem kadencji Pana Marka S. na stanowisku przewodniczącego Komitetu Zarządzającego zachowana przez niego została funkcja kierownika zespołu projektowego. Obie funkcje (kierownika zespołu projektowego oraz przewodniczącego Komitetu Zarządzającego) zostały powiązane ze sobą nie w umowie konsorcjum, dla której zmiany wymagana jest forma pisemna (art. 10 umowy konsorcjum), lecz w trakcie zebrania Komitetu Zarządzającego. Przystępujący Trakt oświadczył na rozprawie, iż Pan Marek S. nie został odwołany ze stanowiska kierownika zespołu projektowego, odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów pozwalających stwierdzić, iż z upływem 6 miesięcy został on z tego stanowiska odwołany. Zatem – skoro jak Izba wskazała na wstępie – aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp niezbędne jest ponad wszelką wątpliwość udowodnienie, iż takie informacje zostały złożone, Izba oceniając przedstawione dowody nie uznała za uwodnioną okoliczność, iż konsorcjum Trakt złożyło w tym zakresie nieprawdziwe informacje. Tym samym zarzut uchybienia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp uznać należało za nietrafiony.

## **II. Zarzuty dotyczące oferty konsorcjum Transprojekt:**

Istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy w niniejszej sprawie wykonawca konsorcjum Transprojekt złożył na wezwanie zamawiającego określone w art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a tym samym czy zaktualizował się – jak postuluje odwołujący - obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum Transprojekt na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Izba za zasadne uważa podkreślenie, iż odwołujący nie sformułował zarzutu zaoferowania przez konsorcjum Trakt realizacji zamówienia za cenę rażąco niską, czemu dał wprost wyraz na rozprawie twierdząc, iż takiego zarzutu nie stawia. Zatem nie jest kwestionowane, iż oferta konsorcjum Transprojekt nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba, dzieląc poglądy

doktryny i orzecznictwa w tym miejscu wskazuje, iż ceną rażąco niską jest cena nierealna w aktualnych warunkach rynkowych, nieadekwatna do zakresu prac składających się na przedmiot zamówienia, uniemożliwiająca wykonanie zamówienia przy założonych kosztach i tym samym nieodpowiadająca rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, a jej wysokość nie stanowi efekt konkurencji pomiędzy podmiotami ubiegającym się o zamówienie. Okoliczności te nie były powoływane przez odwołującego.

Argumentacja odwołującego sprowadza się do stwierdzenia, iż konsorcjum Transprojekt w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z dnia 27 października 2010 r., nie przedłożyło wymaganych wyjaśnień. Za takowe nie można zdaniem odwołującego uznać pisma konsorcjum Transprojekt z dnia 4 listopada 2010 r., gdyż podane przez konsorcjum Transprojekt okoliczności nie sposób uznać za obiektywne czynniki, do których odnosi się przepis art. 90 ust. 2 Pzp. Uznał, iż takimi okolicznościami nie są te kształtujące poziom cen, które powinny być wzięte pod uwagę także przez innych wykonawców.

Należy wyrazić pogląd, iż przepis art. 90 ust. 2 Pzp wskazując na obiektywne czynniki mające wpływ na skalkulowaną przez wykonawcę cenę, pozostawia otwarty katalog tychże okoliczności mogących oddziaływać na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca ma obowiązek w toku procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 Pzp wskazać zamawiającemu okoliczności, które pozwoliły mu na zaoferowanie określonej ceny. Niewątpliwie czynniki kształtujące cenę oferty będą różne w zależności od przedmiotu zamówienia, a wykonawcom została przez ustawodawcę pozostawiona dowolność w zakresie treści przedkładanych wyjaśnień, stosownie do faktycznych czynników, które w danych okolicznościach rzutowały na wysokość zaoferowanej ceny, pod warunkiem ich obiektywnego charakteru.

Izba nie podziela poglądu odwołującego, iż konsorcjum Trakt nie wypełniło obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. Przeciwnie, Izba ocenia, iż konsorcjum Transprojekt w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy złożyło wymagane wyjaśnienia, a zamawiający w wyniku ich analizy ustalił, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia konsorcjum Transprojekt datowane na 4 listopada 2010 r. poprawnie zostały przez zamawiającego uznane za wystarczające dla oceny, czy oferta tegoż wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, bowiem wskazują jednoznacznie na przyczyny, które pozwoliły na skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie. Podkreślić trzeba, iż odnoszą się one do

zasadniczych elementów przedmiotu zamówienia (etapów) opisanych szczegółowo i wycenionych w formularzu 2.2 oferty. Ustosunkowując się do pozycji: analiza i prognozy ruchu konsorcjum Transprojekt wskazało na wynikający z wieloletniego doświadczenia fakt posiadania materiałów źródłowych umożliwiające przyjęcie kosztów tej pozycji na poziomie kosztów Biura. W zakresie mapy do celów projektowych i opracowania geotechnicznego wyjaśniono, iż w negocjacjach z podwykonawcami uzyskano niskie ceny jednostkowe opracowań geodezyjnych i geologicznych. Ponadto na podstawie posiadanej bazy danych ograniczono ilość badań do niezbędnego – zgodnie z przepisami – zakresu. Odnosząc się do opracowania koncepcji, projektu budowlanego i wykonawczego przyjęto zasadę stosowania rozwiązań typowych i powtarzalnych szczególnie w zakresie drogowych obiektów inżynierskich, elementów odwodnienia dróg, detali mostowych i drogowych. Odwołujący na rozprawie wskazał, iż wszyscy wykonawcy – zważywszy, iż jedynym kryterium jest cena – będą takie rozwiązania oferować, co zdaniem odwołującego uniemożliwia uwzględnienie tego czynnika, jako obiektywnego, o którym mowa w art. 90 ust. 2 Pzp. Zdaniem Izby nie jest to argument uzasadniający pominięcie wskazanych okoliczności jako uzasadniających zaoferowaną cenę w aspekcie wskazanym w art. 90 ust. 2 ustawy, gdyż każdy wykonawca indywidualnie wskazuje na wpływające na jego cenę czynniki, które brał pod uwagę kalkulując cenę ofertową. Z wyjaśnień zatem wynika, jakie obiektywne czynniki wpłynęły na gwarantującą zysk cenę za przedmiot zamówienia.

W konsekwencji Izba wyraża opinię, iż konsorcjum Transprojekt złożyło wymagane wyjaśnienia. Zamawiający dokonując ich weryfikacji zobowiązany był - działając z należytą starannością dążąc do wyboru oferty najkorzystniejszej - uwzględnić wszystkie istotne okoliczności pozwalające na rzetelną ocenę oferty. Zatem na gruncie rozpatrywanej sprawy zamawiający nie mógł pominąć faktu, iż wszyscy wykonawcy złożyli oferty znacząco odbiegające od wartości zamówienia (ceny ofert kształtowały się od 8 172 780 zł – do 17 797 970 zł), jak również i tego, iż – jak wskazał w piśmie procesowym z dnia 16 lutego 2011 r. – aktualnie średnie ceny rynkowe za podobne prace wahają się w przedziale od 70 000 zł – 145 000 zł, na co zwrócił uwagę odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 8 listopada 2010 r. Cena oferty konsorcjum Transprojekt wynosi 203 269 zł brutto za km, zatem przekracza przeciętne ceny rynkowe. Zamawiający słusznie podniósł, iż ceny ofert w danym postępowaniu odzwierciedlają ceny rynkowe w danym momencie i one także powinny być punktem odniesienia dla oceny, czy cena nie jest rażąco niska. Zamawiający miał również świadomość, iż ceny rynkowe zamówień analogicznych do przedmiotowego, znacząco odbiegają (średnio o kilkadziesiąt procent) od wartości szacowanej stosownie do obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy. Stanowisko zamawiającego znalazło potwierdzenie w przedstawionych na rozprawie dokumentach obrazujących szacunkową

wartość zamówienia oraz ceny ofertowe w postępowaniach, których przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowych na budowę obwodnicy m. Stawiski, m. Szczuczyn, m. Bargłów Kościelny czy koncepcji programowej, projektu budowlanego (...) w ciągu drogi krajowej nr 20 Stargard Szczeciński – Gdynia. Zamawiający zatem był uprawniony, aby oceny złożonych wyjaśnień dokonywać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy. W wyniku przeprowadzenia procedury zdefiniowanej art. 90 Pzp doszedł on do przekonania, iż cena oferty konsorcjum Transprojekt nie jest rażąco niska. Wobec nie postawienia w odwołaniu zarzutu rażąco niskiej ceny Izba uznaje, iż to ustalenie nie jest sporne. Niemniej jednak zasadnym jest podkreślenie, iż ciężar udowodnienia twierdzeń w postępowaniu odwoławczym przed Izbą wyznacza przepis art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do przepisu art. 6 kc, co oznacza, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z niego wywodzi skutki prawne. Zatem to podmiot, który formułuje zarzut, że oferowana cena jest rażąco niska, powinien przeprowadzić dowody na poparcie tak postawionej tezy. Zważywszy powyższe Izba wskazuje, iż zamawiający każdorazowo, gdy w prowadzonym przez siebie postępowaniu, przeprowadza procedurę wyjaśniającą opisaną przepisem art. 90 ustawy, zobowiązany jest analizować w sposób kompleksowy wszystkie istotne okoliczności, w tym wyjaśnienia wykonawców, kierując się wynikającymi z art. 7 ust. 1 zasadami prowadzenia postępowania oraz uwzględniając podzieleny przez skład orzekający Izby pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt: X Ga 23/07), iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Celem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej i udzielenie zamówienia (zawarcie umowy) wykonawcy, który taką ofertę – w świetle kryteriów oceny ofert obowiązujących w danym postępowaniu - złożył. Podkreślenia wymaga, iż w powołanym kontekście należy także postrzegać procedurę opisaną art. 90 Pzp, w tym żądanie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Domaganie się przez zamawiającego wyjaśnień stanowi wyłącznie środek służący zweryfikowaniu wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny. Jeśli ocena oferty, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, w tym wyjaśnień prowadzi do przekonania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska (w niniejszej sprawie odwołujący nie twierdził, iż jest), uwzględniając fakt, iż nie ma uniwersalnego wzoru na odpowiednie, wystarczające wyjaśnienia, lecz ich analiza i przydatność dla weryfikacji ceny jest oceniana na gruncie danego przypadku, wskazać trzeba, iż w niniejszej sprawie w świetle wszystkich jej okoliczności zamawiający prawidłowo przyjął, iż konsorcjum Transprojekt złożyło wyjaśnienia wystarczające do ustalenia, czy oferta konsorcjum Transprojekt zawiera cenę rażąco niską.

Konsekwencją przyjętego przez Izbę stanowiska musi być uznanie, iż zamawiający stosując prawidłowo przepis art. 90 ust. 2 Pzp ustalił, że oferta konsorcjum Transprojekt nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Zważywszy przedstawioną przez Izbę ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego nie znalazł potwierdzenia także sformułowany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Analiza stanu faktycznego i prawnego uzasadnia twierdzenie, iż zamawiający nie uchybił w zakresie podnoszonym przez odwołującego zasadzie prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został – w zakresie podlegającym badaniu, a wyznaczonym granicami zarzutów odwołania - zgodnie z ustawą.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....