

Sygn. akt: KIO 1836/11

WYROK

z dnia 9 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2011 r. przez Biuro Projektów Dróg i Mostów „BBKS- PROJEKT” Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Wrocław reprezentowane przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. we Wrocławiu

przy udziale MP-Mosty Sp. z o.o. w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Biuro Projektów Dróg i Mostów „BBKS- PROJEKT” Sp. z o.o. we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Biuro Projektów Dróg i Mostów „BBKS- PROJEKT” Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Biuro Projektów Dróg i Mostów „BBKS- PROJEKT” Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz Miasta Wrocław reprezentowanego przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we Wrocławiu.

Sygn. akt KIO 1836/11

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

Zamawiający, Miasto Wrocław reprezentowane przez własną spółkę, Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania „Przebudowa układu ulic Podwale- Krupnicza- Sądowa wraz z torowiskiem tramwajowym we Wrocławiu”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 04.06.2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 107-175982.

W dniu 17.08.2011 zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, tj. m.in. o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Progreg Sp. z o.o. w Krakowie i Grzegorza Kudelskiego prowadzącego działalność gospodarczą jako Progreg Grzegorz Kudelski (zwanym dalej „Progreg”) jako najkorzystniejszej oraz o uznaniu za ważną i sklasyfikowaniu na drugim miejscu oferty MP-Mosty Sp. z o.o. w Krakowie (zwanym dalej „MP-Mosty”).

W dniu 26.08.2011 r. Biuro Projektów Dróg i Mostów „BBKS- PROJEKT” Sp. z o.o. we Wrocławiu wniosła odwołanie od ww. czynności, zarzucając zamawiającemu, iż podejmując te czynności naruszył w szczególności:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Progreg, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

2. Art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nr 8, tj. oferty Progreg, pomimo, iż oferta została złożona przez konsorcjum związane z naruszeniem przepisów art. 210 Kodeksu Spółek Handlowych przez co załączona do oferty umowa konsorcjum jest nieważna, a pełnomocnictwo do podpisania oferty wynika tylko z zapisów nieważnej umowy konsorcjum;
3. Art. 26 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Progreg do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa;
4. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia MP-Mosty, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
5. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, że zaproponowane przez Progreg i MP-Mosty (oferta nr 6) ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w dalszej kolejności zaniechanie odrzucenia oferty nr 8 i oferty nr 6 pomimo, iż oferty te zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6. Art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem wykluczenia ww. wykonawców z postępowania, zaniechaniem odrzucania ofert przez nich złożonych i wyborem najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia Progreg i MP-Mosty i odrzucenia ich ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 9 ofert o cenach od 542 430,00 zł do 1 511 670,00 zł. Odwołujący złożył ofertę z ceną 854 481,00 zł, która była trzecią co do wysokości ceną ze złożonych ofert. Jednocześnie cena z oferty odwołującego była zbliżona do ceny jaką zamawiający przewidział na realizację

zamówienia. Cena oferty nr 8 złożonej Progreg wynosiła 542 430,00 zł., natomiast oferty nr 6 złożonej przez MP-Mosty wynosiła 595 320,00 zł.

1.1. W punkcie 9.1.1.3 Instrukcji dla wykonawców (IDW) stanowiącej część specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) Zamawiający wymagał wykazania w ofercie, że w okresie ostatnich 3 lat Wykonawca wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci kanalizacyjnej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 100 m w terenie miejskim oraz co najmniej jedną dokumentację w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci wodociągowej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 50 m w terenie miejskim.

Dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pozycji 5 załącznika nr 4 do oferty (str.58 oferty) Wykonawca- Konsorcjum Progreg Sp. z o.o. i Progreg Grzegorz Kudelski wykazał opracowanie projektu remontu (modernizacji) dwóch odcinków magistrali 01000 w ramach modernizacji dystrybucyjnej sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w Łodzi.

Ponieważ Wykonawca nie wykazał, że opracował projekt budowlany i projekt wykonawczy sieci wodociągowej a także nie wykazał, że opracował projekt budowy lub przebudowy tej sieci (wykazał, że wykonał tylko projekt remontu, który jest zagadnieniem nieporównywalnie mniej skomplikowanym od wykonania projektu budowy lub przebudowy), oraz nie wykazał opracowania projektu budowlanego i wykonawczego budowy lub przebudowy sieci kanalizacyjnej. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia lub uzupełnienie wykazu usług.

W odpowiedzi Wykonawca pozostawiając to samo zadanie projektowe (Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w Łodzi) zastąpił w pozycji 5 załącznika nr 4 do oferty opisy „Remont (modernizacja) magistrali 01000 mm ” na opisy „Modernizacja (przebudowa) magistrali (sieci wodociągowej) 01000 mm”, i uzupełnił wykaz w tym punkcie o dodatkowy, trzeci odcinek magistrali wodociągowej 01000 mm również z opisem „..Modernizacja (przebudowa)”

Ponadto Wykonawca uzupełnił wykaz usług o pozycję nr 6 „Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej miasta Łodzi dla dzielnic Górna i Polesie” podając, że w ramach zadania wykonano między innymi „1.Przebudowa kanału deszczowego o średnicy DN600 w ul. Dubois na odcinku od rzeki Jasień do ul. Lotniczej w Łodzi dł. 260m w terenie miejskim”, która to dokumentacja zgodnie z opisem w kolumnach 5 i 6 załącznika nr 4 do oferty opracowana była w okresie od lutego 2008 roku do sierpnia 2008 roku. Do zmienionego załącznika nr 4 Wykonawca dołączył oświadczenie, że podane z pozycji 5 i 6

dokumentacje projektowe spełniają wymóg postawiony przez Zamawiającego, to znaczy są projektami budowlanymi i projektami wykonawczymi dla budowy lub przebudowy wymaganych sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, powołując się na załączone do oferty referencje NIRAS IC Sp. z o.o. oraz załączone do uzupełnienia oferty referencje BPBK w Łodzi Sp. z o.o.

Dokonana przez Odwołującego szczegółowa analiza dokumentów oraz przeprowadzone rozpoznanie nie potwierdziły prawdziwości zmienionych zapisów załącznika nr 4 do oferty i oświadczenia złożonego przez Wykonawcę.

Z przywołanych przez Wykonawcę referencji nie wynika, że wykonane zostały projekty budowlane i wykonawcze (w obu referencjach mowa jest o dokumentacji projektowej, a nie o projekcie budowlanym i projekcie wykonawczym), a ponadto treść załączonych na stronie 68 oferty referencji firmy NIRAS IC Sp. z o.o., wydanych dla udostępniającej Wykonawcy wiedzy i doświadczenie Firmy „Projektowanie Wodociągów i Kanalizacji Piotr Lewicki, ul. Dąbrowskiego 113, 93-208 Łódź” wręcz zaprzecza zapisom zmienionego załącznika nr 4 i złożonego przez Wykonawcę oświadczenia gdyż mówi się w nich wyraźnie o dokumentacji projektowej remontu a nie przebudowy magistrali wodociągowych. Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy lub przebudowy sieci wodociągowej, a nie remontu. Na warunek określony przez Zamawiającego należy również spojrzeć przez pryzmat dokumentacji wymaganej do wykonania w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Zakres ten nie ogranicza się do remontu. Doświadczenie jakie nabywa wykonawca w trakcie wykonania dokumentacji remontu z całą pewnością nie przekłada się na doświadczenie w wykonaniu zakresu prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy sieci wodociągowej. Nie może budzić wątpliwości, że w niniejszym przypadku przedmiotowe zadanie może wykonywać jedynie firma posiadająca doświadczenie w wykonaniu dokumentacji budowy lub przebudowy sieci.

W celu ostatecznego wyjaśnienia zagadnienia pracownicy Odwołującego nawiązali kontakt z Zakładem Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Łodzi, gdzie uzyskali wgląd do dokumentacji projektowej opracowanej przez Firmę „Projektowanie Wodociągów i Kanalizacji Piotr Lewicki” oraz do dokumentów formalnych projektowanej inwestycji. Przegląd dokumentacji i dokumentów w sposób jednoznaczny potwierdził, że zarówno informacje zawarte w zmienionym po wezwaniu Zamawiającego załączniku nr 4 do oferty jak również w oświadczeniu złożonym przez Wykonawcę nie są zgodne ze stanem faktycznym. Okazało się, że zgodnie z pierwotną wersją załącznika nr 4 (strona 58-59 oferty) oraz treścią referencji NIRAS IC Sp. z o.o. opracowany został projekt remontu, a nie budowy lub

przebudowy magistrali wodociągowych. Świadczą o tym tytuły na stronach tytułowych dokumentacji projektowych oraz zapisy w opisach technicznych gdzie wyraźnie pisze się o remoncie magistrali wodociągowych - projektowana inwestycja polegała tylko na wykonaniu metodą bezwykopową wyłożenia rur od środka rurami o mniejszej średnicy [Załącznik nr 4.5 do odwołania - kopie stron tytułowych oraz fragmentów opisów technicznych z projektów wykazanych w poz. 5 załącznika nr 4 do oferty].

Ponadto z dat na stronach tytułowych wyżej wymienionych projektów wynika, że ich opracowanie zakończyło się w kwietniu 2008 roku, a więc ponad 3 lata przed terminem składania ofert.

Dodatkowo Odwołujący uzyskał kopie wydanych przez Urząd Miasta Łodzi zaświadczeń o braku sprzeciwu do wykonania zgłoszonych robót [Załącznik nr 4.6 do odwołania], co jednoznacznie potwierdza, że nie został opracowany wymagany przez Zamawiającego projekt budowlany a jedynie dokumentacja do zgłoszenia robót i projekt wykonawczy. Zgodnie z art. 33 ust.2 Ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 z późniejszymi zmianami, projekt budowlany jest wymagany do złożenia wniosku o wydanie pozwolenia na budowę , a jego zakres określony jest w art. 34 Ustawy Prawo budowlane oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. Z kolei zakres dokumentów i rysunków wymaganych do zgłoszenia robót określa art. 30 ust.2 i 3 Ustawy Prawo budowlane. Zakres ten jest mniejszy od zakresu projektu budowlanego. Ponieważ Zamawiający ogłosił przetarg na skomplikowaną inwestycję, bezwzględnie wymagającą pozwolenia na budowę, wyraźnie w kilku miejscach SIWZ wymagał od wykonawców i projektantów wykazania się doświadczeniem w opracowaniu projektu budowlanego , a więc projektu, który może posłużyć do wydania pozwolenia na budowę. Okazało się, że pomimo złożonego oświadczenia również w tym zakresie Wykonawca nie spełnił wymagań określonych w SIWZ. Nie jest przy tym istotne, że na stronach tytułowych projektu remontu sieci wodociągowych widnieje zapis „projekt budowlano-wykonawczy”. W rozumieniu ustawy Prawo budowlane , Rozporządzenia Ministra Infrastruktur)' w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego , a także Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej taka dokumentacja (projekt budowlano-wykonawczy) nie występuje. Poza tym nie jest istotne jakiej nazwy użył projektant na stronie tytułowej a jaka jest zawartość projektu, która jak wspomniano zależna jest od tego czy projekt ma posłużyć do uzyskania pozwolenia na budowę czy tylko do wykonania robót na podstawie zgłoszenia. Dlatego też Zamawiający, posiadający bardzo duże doświadczenie w przygotowaniu i realizacji inwestycji i znajomość związanych z tym

przepisów, wyraźnie wymagał od Wykonawców wykazania się opracowaniem dokumentacji złożonej z projektu budowlanego i (odrębnego) projektu wykonawczego, który zgodnie z paragrafem 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej stanowi uzupełnienie i uszczegółowienie projektu wykonawczego.

Odwołujący uzyskał również wgląd do wykazanego w pozycji 6 zmienionego załącznika nr 4 do oferty projektu kanału deszczowego w ulicy Dubois na odcinku od rzeki Jasień do ulicy Lotniczej w Łodzi [Załącznik nr 4. 7 do odwołania - Kopia strony tytułowej projektu]. Na stronie tytułowej widnieje data zakończenia projektu listopad 2007. a nie jak podano w załączniku nr 4 sierpień 2008. co oznacza, że projekt opracowany był wcześniej niż 3 lata przed terminem składania ofert.

Tym samym pomimo wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, Wykonawca, Konsorcjum Progreg Sp. z o.o. i Progreg Grzegorz Kudelski, nie wykazał spełnienia określonego w SIWZ warunku opracowania w ostatnich 3 latach co najmniej jednej dokumentacji w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowa sieci kanalizacyjnej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 100 m w terenie miejskim oraz co najmniej jednej dokumentacji w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci wodociągowej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 50 m w terenie miejskim. Pomimo uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego oferty o wyjaśnienia i dodatkowe dokumenty, w zakresie doświadczenia wykonawcy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony przez Zamawiającego.

1.2. W punkcie 9.1.6.3 Instrukcji dla wykonawców (IDW) stanowiącej część SIWZ Zamawiający wymagał od Wykonawcy wskazania projektanta w specjalności wodno-kanalizacyjno-gazowej posiadającego doświadczenie polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej jednej dokumentacji projektowej w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci kanalizacyjnej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 100 m w terenie miejskim oraz co najmniej jednej dokumentacji w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci wodociągowej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 50 m w terenie miejskim.

Dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pozycji 4 załącznika nr 3 do oferty (strona 53 oferty) Wykonawca wskazał projektanta - Pana Piotra L. i podobnie jak w opisie doświadczenia Wykonawcy jako doświadczenie projektanta wykazał opracowanie projektu

remontu (modernizacji) dwóch odcinków magistrali 01000 w ramach „Modernizacji dystrybucyjnej sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w Łodzi”.

Podobnie jak w przypadku doświadczenia Wykonawcy Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia ponieważ Wykonawca nie wykazał, że projektant opracował projekt budowlany i projekt wykonawczy sieci wodociągowej, a także nie wykazał, że opracował projekt budowy lub przebudowy tej sieci (wykazał, że wykonał tylko projekt remontu magistrali). Wykonawca nie wykazał też, że projektant opracował projekt budowlany i projekt wykonawczy budowy lub przebudowy sieci kanalizacyjnej.

W odpowiedzi, podobnie jak w przypadku załącznika nr 4 do oferty Wykonawca pozostawiając to samo zadanie projektowe (Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w Łodzi) zastąpił w pozycji 4 załącznika nr 3 do oferty opisy „Remont (modernizacja) magistrali 01000 mm” na opisy „Modernizacja (przebudowa) magistrali (sieci wodociągowej) 01000 mm ”. uzupełnił wykaz w tym punkcie o dodatkowy, trzeci odcinek magistrali wodociągowej 01000 mm również z opisem „Modernizacja (przebudowa) oraz dodał dodatkową dokumentację opracowaną przez projektanta - „Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej miasta Łodzi dla dzielnic Górna i Polesie” podając, że w ramach zadania wykonano między innymi dokumentację dla przebudowy kanału deszczowego o średnicy DN600 w ul. Dubois na odcinku od rzeki Jasień do ul. Lotniczej w Łodzi dł. 260m w terenie miejskim. Podobnie jak przy uzupełnianiu załącznika nr 4 do zmienionego załącznika nr 3 dołączone zostało oświadczenie, że podane z pozycji 4 dokumentacje projektowe spełniają wymóg postawiony przez Zamawiającego dla projektanta w specjalności wodno-kanalizacyjno-gazowej, to znaczy, że są projektami budowlanymi i projektami wykonawczymi dla budowy lub przebudowy wymaganych sieci wodociągowych i kanalizacyjnych. Podobnie jak poprzednio dla udokumentowania tego faktu powołano się na załączone do oferty referencje NIRAS IC Sp. z o.o. oraz załączone do uzupełnienia oferty referencje BPBK w Łodzi Sp. z o.o.

Ponieważ określone w SIWZ wymagania Zamawiającego dla projektanta w specjalności wodno-kanalizacyjno-gazowej były w zakresie opracowanych dokumentacji takie same jak wymagania dla Wykonawcy, a w ofercie i jej uzupełnieniu wykazano na ich potwierdzenia te same dokumentacje (i w ten sam sposób), na podstawie uzasadnienia w punkcie 1.1 Odwołania stwierdzamy, że pomimo wezwania do uzupełnienia oferty Wykonawca nie przedstawił projektanta spełniającego wymagania określone w SIWZ.

Podobnie jak przy doświadczeniu wykonawcy, wykazana na potwierdzenie wymagań wobec projektanta dokumentacja projektowa dla sieci wodociągowych była dokumentacją dla remontu a nie jak wymagano dla budowy lub przebudowy sieci wodociągowej (załącznik nr

4.5 do odwołania). Jak wykazano w p. 1.1. w skład dokumentacji nie wchodził też projekt budowlany gdyż opracowana dokumentacja nie służyła do uzyskania pozwolenia na budowę (realizacja robót nastąpiła na podstawie zgłoszenia robót).

Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że wykazany w pozycji 4 zmienionego załącznika nr 3 do oferty projekt kanału deszczowego o średnicy DN600 w ul. Dubois na odcinku od rzeki Jasień do ulicy Lotniczej w Łodzi opracowany był przez innego projektanta - Pana Andrzeja M., a nie Pana Piotra L.. Pan Piotr L. figuruje na stronie tytułowej jako sprawdzający (załącznik nr 4.7 do odwołania).

Reasumując, pomimo wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów Wykonawca, Konsorcjum Progreg Sp. z o.o. i Progreg Grzegorz Kudelski, nie wykazał spełnienia przez projektanta w specjalności wodno-kanalizacyjno-gazowej określonego w SIWZ warunku opracowania co najmniej jednej dokumentacji w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci kanalizacyjnej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 100 m w terenie miejskim oraz co najmniej jednej dokumentacji w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci wodociągowej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 50 m w terenie miejskim.

W zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności doświadczenia projektanta w specjalności wodno-kanalizacyjno-gazowej, ponieważ złożony na wezwanie dokument nie potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W przedmiocie uzasadnienia, że oferta Progreg Sp. z o.o. i Progreg Grzegorz Kudelski została złożona przez konsorcjum zawiązane z naruszeniem przepisów art. 210 ustawy Kodeks Spółek Handlowych wskazano, iż załączona do oferty umowa Konsorcjum (str. 71-72 oferty) zawiera wadę prawną, która skutkuje jej nieważnością. Umowa ta jest sprzeczna z artykułem 210 Kodeksu Spółek Handlowych, który stanowi, że w umowach pomiędzy spółką a osobą będącą członkiem zarządu tej spółki, spółkę reprezentuje rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników. W szczególnych sytuacjach, gdy wspólnik spółki jednoosobowej jest zarazem jedynym członkiem zarządu spółki przepis ten nie obowiązuje, lecz wówczas umowa dla swojej ważności wymaga formy aktu notarialnego. Ponieważ umowa Konsorcjum zawarta została między spółką reprezentowaną przez prezesa zarządu - Pana Grzegorza Kudelskiego i prezesem zarządu spółki. Panem Grzegorzem Kudelskim prowadzącym działalność gospodarczą, a umowa nie została zawarta w

przewidziany w Kodeksie Handlowym sposób, umowa ta jest nieważna. Skutkiem tej nieważności jest to, że podmiot składający ofertę to znaczy Konsorcjum PROGREG Sp. z o.o. i PROGREG Grzegorz Kudelski nie istnieje. Nieważne jest w tej sytuacji również wynikające z tej umowy pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia udzielone liderowi - Firmie Progreg Sp. z o.o. Ponadto załączone do oferty na stronie 69 zobowiązanie Firmy „Projektowanie Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych - Piotr Lewicki” jest zobowiązaniem udostępnienia wiedzy i doświadczenia konsorcjum związanemu z naruszeniem przepisów prawa.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy powinna być przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 (oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów)

Odwołujący wskazał, że w tym wypadku Zamawiający naruszył również dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa.

W przedmiocie wskazania podstaw faktycznych wykluczenia MP-Mosty na podanie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy wskazano:

3.1. W punkcie 9.1.1.2 Instrukcji dla wykonawców (IDW) stanowiącej część SIWZ Zamawiający wymagał wykazania w ofercie, że w okresie ostatnich 3 lat Wykonawca wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy trasy tramwajowej o długości minimum 400 mb.

W załączniku nr 4 do oferty w pozycji 2 (strona 36 oferty) Wykonawca wykazał opracowanie w okresie od lipca 2007 do grudnia 2008 projektu budowlanego i projektu wykonawczego linii tramwajowej w istniejącym obiekcie tunelowym pomiędzy Rondem Mogiłskim a ulicą Pawią w Krakowie. Z załączonych do oferty referencji Agencji Rozwoju Miasta S.A. (strona 38-47 oferty) wystawionych dla konsorcjum w skład którego wchodziła firma wykonawcza Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. (lider) oraz MP-Mosty Sp. z o.o. wynika, że okres ten obejmował zarówno projektowanie jak i budowę (strona 47 oferty). Z referencji nie wynika też, że w ramach dokumentacji projektowej wykonano projekt budowlany i projekt wykonawczy. Ponieważ nie jest możliwe aby prace projektowe zakończyły się w tym samym dniu co prowadzone na ich podstawie roboty budowlane. Odwołujący przeprowadził rozpoznanie, które wykazało, że prace projektowe zakończyły się 11 miesięcy wcześniej. Z zamieszczonych na stronie internetowej Wykonawcy referencji wystawionych przez lidera konsorcjum realizującego kontrakt „Budowa z projektowaniem linii

szybkiego tramwaju w istniejącym obiekcie tunelowym pomiędzy Rondem Mogilskim a ulicą Pawią w Krakowie” Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. wynika jednoznacznie, że prace projektowe zakończyły się w styczniu 2008 roku a także, że wykonany został tylko projekt wykonawczy torów tramwajowych [Załącznik nr 4.8 do odwołania - wydruk ze strony www Wykonawcy].

Nie jest więc spełniony wymagany przez Zamawiającego warunek określony w SIWZ , że dokumentacja wykonana została w okresie ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert a także warunek, że powinna się ona składać z projektu budowlanego i projektu wykonawczego.

3.2. W punkcie 9.1.1.3 Instrukcji dla wykonawców (IDW) stanowiącej część SIWZ Zamawiający wymagał wykazania w ofercie, że w okresie ostatnich 3 lat Wykonawca wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci kanalizacyjnej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 100 m w terenie miejskim oraz co najmniej jedną dokumentację w skład której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy sieci wodociągowej o średnicy co najmniej DN500 i długości co najmniej 50 m w terenie miejskim.

Dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pozycji 3 załącznika nr 4 do oferty (str.37 oferty) Wykonawca podał opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego dla przebudowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej DN500 o długości 500 m każda w ramach dokumentacji projektowej dla budowy linii tramwajowej w istniejącym obiekcie tunelowym pomiędzy Rondem Mogilskim a ulicą Pawią w Krakowie.

Ponieważ z załączonych do oferty referencji wystawionych przez Agencję Rozwoju Miasta S.A. nie wynikało jednoznacznie, że takie prace projektowe były wykonane, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca postąpił niezgodnie z prośbą Zamawiającego i zamiast udzielić wyjaśnień dokonał zmiany w pozycji 3 załącznika nr 4 do oferty podając dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu inne dokumentacje projektowe - projekt budowlany i projekt wykonawczy przebudowy sieci wodociągowej DN600 o długości 224 m w ramach dokumentacji dla przebudowy Ronda Grzegórzeckiego w Krakowie oraz projekt budowlany i projekt wykonawczy przebudowy sieci kanalizacji DN500 i DN600 o długości łącznej 799 m w ramach dokumentacji dla przebudowy Ronda Mogilskiego w Krakowie. Dla wykazania należytego wykonania usługi wraz ze zmienionym załącznikiem nr 4 do oferty przedłożył

referencje wystawione w dniu 14.10.2008 r. przez Firmę Budimex Dromex S.A. [Załącznik nr 4.9 do odwołania].

Po analizie sytuacji i przesłanych Zamawiającemu nowych dokumentów Odwołujący stwierdza, że oprócz tego, że Wykonawca postąpił niezgodnie z wezwaniem Zamawiającego, załączone referencje Budimex Dromex S.A. nie potwierdzają spełnienia warunków SIWZ w zakresie opracowania projektu budowlanego dla przebudowy sieci kanalizacyjnej. Z referencji wynika bowiem jednoznacznie, że dla Ronda Mogilskiego, wykonany został tylko projekt wykonawczy oraz elementy aktualizacji projektu budowlanego, a nie pełny projekt budowlany. Ponadto na stronie internetowej Wykonawcy znaleziono inny list referencyjny wystawiony przez Budimex Dromex w dniu 18.06.2007 r., z którego wynika, że dokumentacja projektowa dla Ronda Mogilskiego wykonana została do czerwca 2007 roku, a więc nie spełnia wymagań SIWZ. że opracowana została w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert [Załącznik nr 4.10 do odwołania]. Z porównania referencji przesłanych Zamawiającemu i załączonych do odwołania wynika, że w okresie do września 2009 wykonywane były inne dokumentacje objęte referencjami, a nie projekt Ronda Mogilskiego.

Wobec powyższego pomimo uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego, w zakresie doświadczenia Wykonawcy złożone dokumenty nie potwierdzają spełnianie postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

3.3. W punkcie 9.1.1.6.1 Instrukcji dla wykonawców (IDW) stanowiącej część SIWZ Zamawiający wymagał od Wykonawcy wskazania projektanta w specjalności drogowej posiadającego doświadczenie polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej jednej dokumentacji projektowej w skład, której wchodził projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m. Dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pozycji 1 załącznika nr 3 do oferty (strona 24 oferty) Wykonawca wskazał projektanta - Pana Wojciecha Jędrysa podając dla wykazania doświadczenia projekt budowlany i projekt wykonawczy autostrady A4 na odcinku od km 581+250 do km 621+930.

Ponieważ z opisu wykonanej przez projektanta dokumentacji nie wynikało, że w ramach projektu autostrady opracowany był również projekt ulicy klasy „Z”, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia lub o wskazanie innego projektanta spełniającego wymagania określone w SIWZ.

W odpowiedzi Wykonawca dokonał zmiany projektanta i w przekazanym Zamawiającemu zmienionym załączniku nr 3 w pozycji 1 wskazał jako projektanta branży drogowej Pana Bartłomieja B. Dla spełnienia wymagań SIWZ podał, że projektant opracował projekt budowlany i wykonawczy przebudowy ulicy Bora Komorowskiego w Krakowie na odcinku od skrzyżowania ulic Młyńska-Lubiańska do skrzyżowania ulic Wiślicka-Stella Sawickiego. Przeprowadzone przez Odwołującego rozpoznanie wykazało, że przetarg na przebudowę wskazanego odcinka ulicy Bora Komorowskiego ogłoszony był w systemie projektuj i buduj 21 czerwca 2006 roku z terminem zakończenia budowy 31 października 2006 roku. [Załącznik nr 4.11 do odwołania - ogłoszenie o zamówieniu]. Zarówno krótki termin (ok. 3 miesiące na zaprojektowanie i wykonanie robót) jak również zakres prac opisany w punkcie 2 ogłoszenia wyraźnie wskazują na remontowy charakter inwestycji, która była prowadzona na zgłoszenie robót, bez pozwolenia na budowę.

Okazało się, że zgłoszenie robót zostało dokonane 9 czerwca 2006 r. przez firmę ARG Projektowanie Inwestycyjne, a 22 czerwca 2006 r. Wydział Rozwoju Regionalnego Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego pismem nr PR.XII.7113-1-77-06 nie wniósł sprzeciwu do wykonania robót [załącznik nr 4.12 do odwołania - Odpowiedź Prezydenta Miasta Krakowa na interpelację Radnego Miasta Krakowa zawierająca informację o przyjęciu zgłoszenia robót]

Zgodnie z argumentacją zawartą w punkcie 1.1. uzasadnienia do odwołania . skoro nie było wymagane wystąpienie o wydanie pozwolenia na budowę, a roboty prowadzone były w oparciu o zgłoszenie to nie mógł być opracowany przez projektanta projekt budowlany w rozumieniu obowiązujących przepisów prawa.

Wobec powyższego pomimo uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności doświadczenia projektanta branży drogowej złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W przedmiocie uzasadnienia, że oferta nr 8 złożona przez Progreg oraz oferta nr 6 złożona przez MP-Mosty zawierają rażąco niskie ceny wskazano, iż ze zbiorczego zestawienia ofert (załącznik nr 4.2 do odwołania) wynika, że ceny przedmiotowych ofert nr 8 i nr 6 były znacząco niższe od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego:

- cena oferty nr 8 złożonej przez konsorcjum Progreg Sp. z o.o. i Progreg Grzegorz Kudelski była niższa od ceny oszacowanej przez Zamawiającego o około 36%,
- cena oferty nr 6 złożonej przez MP-Mosty Sp. z o.o. była niższa od ceny oszacowanej

przez Zamawiającego o około 30% .

Z kolei średnia cena pozostałych ofert w przetargu (bez ofert nr 6 i nr 8) wyniosła 1 286 955 zł , co oznacza, że cena oferty nr 8 była od niej niższa o około 58%, a cena oferty nr 6 o około 54%.

W związku z przedstawieniem przez wykonawców tak niskich, nierealnych cen wykonania dokumentacji w stosunku do ich rzeczywistych kosztów i ryzykiem fiaska realizacji tak dużego projektu Zamawiający zobowiązany był przeprowadzić postępowanie wyjaśniające. Zaniechanie przeprowadzenia tego postępowania stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego rzetelne wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie opisanym w SIWZ za oferowane przez Wykonawców składających oferty nr 6 i nr 8 nie jest możliwe, a przyznanie zamówienia Wykonawcy oferującemu tak niskie ceny powinno być poprzedzone przeprowadzoną przez Zamawiającego analizą wyjaśnień, o które Zamawiający powinien się zwrócić do Wykonawców oferujących ceny znacznie niższe niż pozostali oferenci i kwota przeznaczona na realizację zamówienia (art. 90 ustawy Pzp).

W ofertach nr 6 i nr 8 szczególnej analizie należy poddać skalkulowanie cen za opracowanie projektów budowlanych, które są w nich niższe niż ceny za opracowanie projektów budowlanych. Projekt wykonawczy stanowi uszczegółowienie projektu budowlanego i zgodnie z używanymi do wycen prac projektowych Środowiskowymi Zasadami Wycen Prac Projektowych wydanymi przez Radę Koordynacyjną Biur Projektów dla inwestycji liniowych cena za projekt wykonawczy nie powinna przekraczać ceny za projekt budowlany. W analizowanych ofertach nr 6 i nr 8 występuje jednak taka sytuacja.

Przykładowo w ofercie nr 8 cena projektu budowlanego dla zadania 1 jest ponad dwa razy niższa od ceny projektu wykonawczego, a w ofercie nr 6 stanowi około 70% ceny projektu wykonawczego, co świadczy o dużym niedoszacowaniu cen projektów budowlanych.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dostarczonej przez zamawiającego, w szczególności ofert Progreg i MP-Mosty oraz ich uzupełnień, a także stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz treść dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu złożonych przez Progreg i MP-Mosty zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 12.07.2011 r.

Do oferty Progreg (str. 71-72) załączono Umowę konsorcjum zawartą pomiędzy p. Grzegorzem Kudelskim prowadzącym działalność gospodarczą jako „Progreg Grzegorz Kudelski” i Progreg Sp. z o.o. w Krakowie ustanawiającą pełnomocnikiem konsorcjum Progreg Sp. z o.o., podpisaną w imieniu obu stron przez p. Grzegorza Kudelskiego, Prezesa Zarządu spółki Progreg.

Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów:

1. Odnośnie zarzutów dotyczących Progreg:
 - a. przedłożone przez odwołującego wraz z odwołaniem (zał. 4.5) Karty tytułowe projektów budowlano-wykonawczych opatrzone datą 04.2008 wykonanych w ramach Zadania 03 „Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w Łodzi” dla obiektu – remont (modernizacja) magistrali wraz z wymianą armatury, dla odcinków robót:
 - (1) II.10.b magistrala wodociągowa „Górna 10-B” od ul. Dubois do ul. Pabianickiej;
 - (2) II.10.c magistrala wodociągowa „Górna 10-C” od ul. Pabianickiej do przepompowni „Chojny”;
 - (3) II.11.a magistrala wodociągowa „Górna 8-A” od ul. Dąbrowskiego do obejścia magistrali Dąbrowa 2;
 - (4) II.11.b magistrala wodociągowa „Górna 8-B” od obejścia magistrali Dąbrowa 2 do ul. Kolumny;
 - (5) II.11.c magistrala wodociągowa „Górna 8-C” od ul. Kolumny do przepompowni „Chojny”- wraz z wyimkami tych opracowań oraz załączonym do pisma procesowego przedłożonego na rozprawie (zał. nr 1) spisem treści dla ww. projektu budowlano-wykonawczego nr (2);
 - b. przedłożone przez odwołującego wraz z odwołaniem (zał. 4.6) wystawione przez Urząd Miasta Łodzi:
 - zaświadczenie o braku sprzeciwu na zamiar wykonania robót budowlanych z dnia 09.12.2008 r dla ww. robót nr (1) związanych z remontem magistrali wodociągowej wskazujące, iż z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę

- w tym przypadku zwolniono na podstawie art. 29 ust. 2 pkt 11 Prawa budowlanego;
- zawiadomienie o braku sprzeciwu na zamiar wykonania robót budowlanych z dnia 29.01.2009 r dla ww. robót nr (2) wskazujące, iż z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę w tym przypadku zwolniono na podstawie art. 29 ust. 2 pkt 11 Prawa budowlanego;
 - zaświadczenie o braku sprzeciwu na zamiar wykonania robót budowlanych z dnia 09.06.2008 r dla ww. robót nr (3) związanych z remontem magistrali wodociągowej wskazujące, iż z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę w tym przypadku zwolniono na podstawie art. 29 ust. 2 pkt 11 Prawa budowlanego;
 - zaświadczenie o braku sprzeciwu na zamiar wykonania robót budowlanych z dnia 19.19.2008 r dla ww. robót nr (4) związanych z remontem magistrali wodociągowej wskazujące, iż z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę w tym przypadku zwolniono na podstawie art. 29 ust. 2 pkt 11 Prawa budowlanego;
- c. przedłożone przez zamawiającego na rozprawie jego pismo z dnia 01.09.2011 r. skierowane do Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. w Łodzi będącej inwestorem dla ww. robót (1)-(5) w sprawie zakresu zadań (projektowanie/wykonawstwo robót), dat odbioru projektu budowlanego i projektu wykonawczego dla tych zadań wraz z wprost zadaniem pytaniem czy w ramach inwestycji opracowywany był zarówno projekt wykonawczy i projekt budowlany czy tylko projekt wykonawczy oraz odpowiedź ww. spółki z dnia 06.09.2011 r., w której wskazano, iż roboty wykonywane były w formule projektuj i buduj (tzw. Żółty FIDIC), dokumentacje projektowe dla ww. zadań przekazano od 11.06.2008 r do 20.08.2011 r., a opracowane przez wykonawcę projekty odpowiadały projektom budowlanym i wykonawczym;
- d. przedłożone przez odwołującego na rozprawie (zał. nr 2 do pisma procesowego) oświadczenie o zgodności opracowania z przepisami i zasadami wiedzy technicznej podpisane w maju 2008 r. przez p. Piotra L. dla ww. projektu budowlano-wykonawczego nr (2);
- e. przedłożoną przez odwołującego wraz z odwołaniem (zał. 4.7): Kartę tytułową projektu budowlanego wykonawczego sporządzonego w ramach Zadania 08 „Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej miasta Łodzi dla dzielnic Górna i Polesie” dla obiektu – projekt budowlano-wykonawczy

kanalu deszczowego w ul. Dubois na odcinku od rzeki Jasień do ul. Lotniczej w Łodzi, dla odcinka nr A.1.1 Sieć kanalizacyjna i wodociągowa w dzielnicy Łódź-Górna – Rejon 1A – etap 1, podpisaną przez p. Piotra L. jako pełniącego funkcję sprawdzającego projekt w zespole projektowym, opatrzona datą „listopad 2007”;

- f. przedłożone przez zamawiającego na rozprawie fragmenty dokumentacji projektowej dla ww. Zadania 08 „Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej miasta Łodzi dla dzielnic Górna i Polesie” dla obiektu – projekt budowlano-wykonawczy kanału deszczowego w ul. Dubois na odcinku od rzeki Jasień do ul. Lotniczej w Łodzi, dla odcinka nr A.1.1 Sieć kanalizacyjna i wodociągowa w dzielnicy Łódź-Górna – Rejon 1A – etap 1, w których pod oświadczeniem o zgodności projektu z prawem i zasadami wiedzy technicznej widnieje podpis p. Piotra L. jako projektanta, a także na stronie 34 jego podpis po ręcznej adnotacji „opracował”.

2. Odnośnie zarzutów dotyczących MP-Mosty:

- a. przedłożoną przez odwołującego wraz z odwołaniem (zał. 4.8) referencję zamieszczoną na stronie internetowej MP-Mosty wystawioną przez Zakład Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., gdzie potwierdzono wykonanie projektu wykonawczego torów tramwajowych w ramach zadania „Budowa z projektowaniem linii szybkiego tramwaju w istniejącym obiekcie tunelowym pomiędzy Rondem Mogilskim i ul. Pawią w Krakowie wraz z wykończeniem tunelu” w okresie od lipca 2007 r. do stycznia 2008 r.;
- b. przedłożoną przez odwołującego wraz z odwołaniem (zał. 4.9) i znajdującą się w dokumentacji postępowania (uzupełnienie dokumentów przez MP-Mosty z dnia 10.06.2011 r.) referencję wystawioną w dniu 14.10.2011 r. przez Budimex-Dromex S.A., jako generalnego wykonawcę zadania „Krakowski transport miejski – Infrastruktura Szybkiego Tramwaju”, poświadczającą wykonanie przez MP-Mosty projektu wykonawczego wraz z elementami aktualizacji projektu budowlanego dla przebudowy Ronda Mogilskiego w Krakowie wraz z Infrastrukturą techniczną w terminie od sierpnia 2006 do 29 września 2008 r.;
- c. przedłożoną przez odwołującego wraz z odwołaniem (zał. 4.10), pochodzącą ze strony internetowej MP-Mosty, referencję wystawioną w dniu 18.06.2011 r. przez Budimex-Dromex S.A., jako generalnego wykonawcę zadania „Krakowski transport miejski – Infrastruktura Szybkiego Tramwaju”, poświadczającą wykonanie przez MP-Mosty projektu wykonawczego wraz z elementami aktualizacji projektu budowlanego dla przebudowy Ronda Mogilskiego w terminie do sierpnia 2006 r.;

- d. przedłożone przez odwołującego wraz z odwołaniem (zał. 4.11) ogłoszenie o zamówieniu z dnia 21.06.2006 r na wykonanie przebudowy nawierzchni ulicy Bora Komorowskiego w Krakowie wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej (od ul.Młyńska-Lubańska boczna do skrzyżowania ulic Wiślicka – Stella Sawickiego);
- e. przedłożony przez przystępującego MP-Mosty list referencyjny z dnia 03.11.2006 r wystawiony przez Budostal 5 S.A. w Krakowie działającego jako generalny wykonawca przebudowy nawierzchni ulicy Bora Komorowskiego od skrzyżowania ul. Młyńska-Lubańska do skrzyżowania ulic Wiślicka – Stella Sawickiego w km 340+895 do 342+625 w ciągu drogi krajowej nr 79, detalicznie potwierdzający, iż MP-Mosty od sierpnia do października 2006 zrealizowała projekt budowlany i wykonawczy dotyczący wskazanego zakresu robót drogowych.

Odwołujący w trakcie rozprawy wycofał z materiału dowodowego załącznik nr 4.12 do odwołania i załącznik nr 4 do pisma procesowego złożonego na rozprawie jako niedotyczące sprawy.

Izba nie oceniała dowodów w postaci rysunków technicznych projektu Zadania 08 „Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej miasta Łodzi dla dzielnic Górna i Polesie” dla obiektu – projekt budowlano-wykonawczy kanału deszczowego w ul. Dubois na odcinku od rzeki Jasień do ul. Lotniczej w Łodzi, dla odcinka nr A.1.1 Sieć kanalizacyjna i wodociągowa w dzielnicy Łódź-Górna – Rejon 1A – etap 1, przesłanych przez odwołującego do Izby *via e-mail*, po rozprawie, a to w myśl przepisu art. 190 ust. 1 zd. 2 ustawy, zgodnie z którym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przy czym odwołujący mógł uzyskać i przedstawić te dowody przed zamknięciem rozprawy.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W sprawie tzw. podmiotowych warunków udziału w postępowaniu art. 22 ust. 1 ustawy stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W myśl dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy (pkt 3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz (pkt 4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającej piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Rozpatrując podstawy postulowanego w odwołaniu wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia należy po pierwsze wskazać na znaczenie ww. przepisów stanowiących podstawę prawną takiego wykluczenia. Podkreślić tu należy, iż norma prawna wynikająca z art. 24 ust. 2

pkt 4 Pzp ustanawiając przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania nie odnosi się do tzw. prawdy materialnej, tzn. dla jej zastosowania nie jest wymagane ustalenie czy wykonawca w rzeczywistości spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego, ale ustalenie czy wykazał ich spełnianie w sposób wymagany przez zamawiającego. Przedmiotem ustaleń zamawiającego w kontekście zastosowania dyspozycji ww. przepisu nie jest rzeczywisty potencjał osobowy czy doświadczenie wykonawcy, ale stwierdzenie, co podał w tym zakresie wykonawca w dokumentach załączonych do oferty oraz w jaki sposób informacje te miały się do wymagań zamawiającego dotyczących warunków udziału w postępowaniu i ich wykazywania.

W tym zakresie i znaczeniu, w odniesieniu do zarzutów odwołania, należało stwierdzić, iż zarówno Progrej, jak i MP-Mosty w sposób zgodny z siwz w swoich ofertach i w ramach uzupełniania dokumentów wykazali spełnianie warunków zamówienia podając adekwatne do wymagań zamawiającego informacje w przedstawionych wykazach (zarówno co do zakresu prac, jak i dat ich wykonania). Zastrzec przy tym należy, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2,3 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1870), to będące w istocie oświadczeniem własnym wykonawcy wykazy dostaw, usług, robót budowlanych czy osób służą potwierdzeniu i opisowi zakresu czy charakteru robót, a nie referencje, które w świetle § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 ww. rozporządzenia służą do potwierdzenia należytego wykonania wykazywanych prac.

Przepisem sankcjonującym prawdziwość podawanych przez wykonawców informacji, w tym informacji potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jest natomiast przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, którego zarzucanego naruszenia w odwołaniu wyraźnie nie sformułowano. Jednakże jak można wnosić z treści odwołania, jego zarzuty sprowadzają się właśnie do stwierdzenia naruszenia tego przepisu – odwołujący w treści odwołania wprost kwestionuje poświadczony i wykazany przez Progrej i MP-Mosty zakres i charakter, tudzież daty wykonywanych usług. Z tego też względu, biorąc przy tym pod uwagę całą treść odwołania, a także fakt, iż odwołanie nie zostało sporządzone i podpisane przez profesjonalnego pełnomocnika, Izba rozpoznała zarzuty odwołania również w takiej postaci, odnosząc się do podniesionej w odwołaniu kwestii prawdziwości informacji na temat rzeczywistego charakteru wykazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu realizacji usług i doświadczenia wykazywanych osób.

Należy przy tym podkreślić wszelkie konsekwencje związane ze stwierdzeniem wypełnienia przez jakiegokolwiek wykonawcę hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższe pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto ostateczną konsekwencją powyższego może być odpowiedzialność karna osób

dopuszczających się poświadczenia lub oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego na podstawie art. 297 § 1 Kodeksu karnego.

W związku z powyższym należy podkreślić również wagę i konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwości do zinterpretowania na korzyść wykonawcy wątpliwości. Wykorzystując terminologię procesu karnego można zobrazować powyższe twierdzeniem, iż stwierdzenie podania nieprawdziwych informacji nie może opierać się li tylko na poszlakach zamiast na pewnych dowodach.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż w świetle dowodów przedłożonych przez strony nie było możliwe nieobarczone żadnymi wątpliwościami orzeczenie i przesądzenie o podaniu w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu nieprawdziwych informacji przez wykonawców Progrek i MP-Mosty.

W przedmiocie podnoszonej w odwołaniu okoliczności, iż wbrew twierdzeniom Progrek prace projektowe wskazane w poz. 5 uzupełnionego wykazu usług nie dotyczyły przebudowy ale remontu (modernizacji) obiektu budowlanego i nie obejmowały wykonania projektu budowlanego, Izba wskazuje, iż odwołujący nie przedstawił bezpośrednich i kompletnych dowodów przesądających powyższe. W szczególności nie przedstawiono kompletnej dokumentacji projektowej ale jedynie jej niewielkie fragmenty, które nie wykluczają, iż dokumentacja ta obejmowała również elementy dające się zakwalifikować (materialnie, a nie tylko jako tytuł opracowania) jako projekt budowlany w rozumieniu wskazywanych w odwołaniu przepisów, dotyczące robót dające zakwalifikować się jako przebudowa. Przy czym odwołujący z jednej strony powołuje się na dane zawarte na kartach tytułowych projektów, a z drugiej strony informacje tam zawarte deprecjonuje (np. przy egzegezie zwrotu „projekt budowlano-wykonawczy”).

Powyższego nie wykluczają również przedstawione zawiadomienia administracji o braku sprzeciwu co do zamiaru wykonania robót budowlanych nieobjętych obowiązkiem uzyskania pozwolenia na budowę i związanego z tym braku konieczności sporządzenia projektu budowlanego. Brak konieczności sporządzenia projektu budowlanego nie oznacza wcale, iż w rzeczywistości takowego nie wykonano (nie zamówiono). Samo powołanie się i zakładanie racjonalności publicznych zamawiających jest tu niewystarczające - w przeciwieństwie do domniemania dobrej wiary, obowiązku domniemywania racjonalności jakichkolwiek podmiotów z przepisów wyprowadzić nie sposób. Tym bardziej, iż jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nawet w przypadku prac wskazanych w art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r Nr 156 poz. 1118 ze zm.) wymagających zgłoszenia, do dokonania którego sporządzenie i przedstawienie projektu budowlanego nie jest potrzebne, na zasadzie art. 30 ust. 7 Prawa budowlanego konieczne stać się może uzyskanie

pozwolenia na budowę, a więc i sporządzenie pełnej wymaganej art. 33 Prawa budowlanego dokumentacji budowlanej.

Natomiast, co do rzeczywistego zakresu i charakteru robót, których dotyczyły w tym przypadku prace projektowe, wątpliwości co do potwierdzenia tez odwołania, budzą już same przedłożone zawiadomienia o braku sprzeciwu wykonania robót, które z jednej strony referują do remontów/modernizacji obiektów (tak jak zostało to określone w kartach tytułowych projektów), a z drugiej strony zawiadamiają o odstąpieniu od obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę w związku z wypełnieniem przez roboty warunków przepisu art. 29 ust. 2 pkt 11 Prawa budowlanego, co wskazuje, iż Urząd Miasta Łodzi zakwalifikował dane roboty jako przebudowę. Wskazany przez Urząd przepis stanowi bowiem, iż pozwolenia na budowę nie wymaga przebudowa sieci elektroenergetycznych, wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych i telekomunikacyjnych.

Ponadto tezie odwołującego przeczy pismo Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej skierowane do zamawiającego, w którym inwestor wskazał, iż sporządzona i odebrana dokumentacja projektowa odpowiadała projektowi budowlanemu i projektowi wykonawczemu. Izba nie widzi innej możliwości zinterpretowania użytego terminu „odpowiadać” niż przez przyjęcie, iż materialnie sporządzona dokumentacja stanowiła zarówno projekt budowlany, jak i wykonawczy. Przy czym wskazać tu należy na kontekst tej odpowiedzi, jaki stanowiło je jasno i wyraźnie sformułowane pytanie zadane przez zamawiającego. Zamawiający pytał mianowicie czy sporządzono projekt budowlany i wykonawczy, czy tylko wykonawczy. Należało więc przyjąć, iż inwestor wykonanie projektu budowlanego potwierdził.

Co do prawdziwości daty wykonania usługi podanej w poz. 6 uzupełnionego przez Progreg wykazu usług Izba również nie mogła z całą stanowczością stwierdzić, iż podana przez wykonawcę data nie odpowiada rzeczywistości. Dowody przedstawione przez odwołującego (ustalenia Izby, pkt 1 lit. a,d,e) nie świadczą wcale, iż w datach wskazanych w kartach tytułowych lub z datą wystawienia oświadczenia o zgodności projektu z przepisami prawa w rzeczywistości zakończono całą usługę z tym związaną, a w szczególności przekazano projekt usługobiorcy. Jak słusznie zaznaczył zamawiający samo przygotowanie dokumentacji nie musi być równoznaczne z jej pełnym wykonaniem i przekazaniem zlecającemu, np. w przypadku rozpatrywania i nanoszenia poprawek i uzgodnień. Ponadto sama data zawarta na karcie tytułowej nie przesądza o dacie zakończenia projektowania, wskazuje na to choćby sam fakt powołany przez odwołującego – data wystawienia zaświadczenia o zgodności projektu z przepisami prawa, która jest późniejsza niż data zawarta na karcie tytułowej. Za ostateczną datę wykonania tego typu usług należy uznać datę ich odebrania przez zamawiającego/zlecającego. W tym przypadku natomiast odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby, iż nie mogły to być daty wskazane przez Progreg w uzupełnionym wykazie usług. Ponadto twierdzeniom odwołującego przeczą również daty wskazywane w referencjach przedstawionych przez Prodog zamawiającemu.

W przedmiocie zarzutów dotyczących doświadczenia wykazanego przez Progreg w poz. 4 uzupełnionego wykazu osób, projektanta – p. Piotra L., należy powtórzyć wyżej opisane ustalenia i argumentację dotyczącą oceny zakresu i charakteru usług pomieszczonych w poz. 5 wykazu usług Progreg. Ponadto w zakresie podnoszonej w odwołaniu okoliczności, iż w ramach projektu wskazanego w poz. 6 wykazu usług Progreg wyżej wymieniony był sprawdzającym, a nie projektantem (co wynikało z karty tytułowej projektu), stwierdzić należało, iż w świetle przedłożonych przez strony dowodów powyższe nie jest wcale pewne – zamawiający przedstawił dowody wskazujące na okoliczność przeciwną (pkt 1 lit f ustaleń Izby). Nie jest więc wykluczone, iż rzeczywiście p. Piotr Lewiński wykonywał prace związane z projektowaniem, a nie tylko sprawdzał projekt.

Na marginesie powyższego Izba zaznacza, iż podziela stanowisko odwołującego o niemożliwość zastąpienia warunku dotyczącego doświadczenia projektanta, doświadczeniem sprawdzającego projekt i ich zamienne dopuszczanie dla wykazania spełniania takiego warunku, co sugerował zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Odnosnie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia MP-Mosty Izba stwierdza, iż również w tym przypadku odwołujący nie udowodnił, że informacje na temat wykazywanego doświadczenia były niezgodne z prawdą.

W szczególności odwołujący nie wykazał jaki był w rzeczywistości przebieg i charakter prac projektowych związanych z budową linii tramwajowej w istniejącym obiekcie tunelowym pomiędzy Rondem Mogiłskim a ulicą Pawią w Krakowie. Jakkolwiek zestawienie dat wynikających z referencji Agencji Rozwoju Miasta S.A. w Krakowie oraz poz. 2 wykazu usług załączonego do oferty MP-Mosty może budzić wątpliwości, co do ich realności, to jednak nie jest bezpośrednim dowodem przesądzającym o powyższym. Brak więc dowodów pozwalających zakwestionować prawdziwość oświadczenia (podanych informacji) zamieszczonego w wykazie usług załączonym do oferty i podtrzymanego na rozprawie przez MP-Mosty w przedmiocie dat i charakteru wykonanych usług. W odniesieniu do powyższego Izba po ocenie referencji ZUE S.A. zamieszczonych na stronie MP-Mosty (pkt 2 lit. a), z racji ich niewiadomego pochodzenia (brak podpisu), nie uznała ich za źródło niebudzących wątpliwości informacji i ważący dowód w sprawie. Przy czym wskazać należy, iż przystępujący informacjom w nich zawartym przeczytał, wskazując, iż ww. referencje są jedynie swoistym „materiałem reklamowym”, a nie źródłem informacji o rzeczywistym przebiegu prac.

W odniesieniu do wykazywanego przez MP-Mosty w poz. 3 wykazu usług wykonania projektu budowlanego i projektu wykonawczy przebudowy sieci kanalizacji DN500 i DN600 o długości łącznej 799 m w ramach dokumentacji dla przebudowy Ronda Mogiłskiego w Krakowie stwierdzić należało, iż w tym przypadku wykonanie projektu budowlanego nie budzi wątpliwości Izby. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów

wskazujących na okoliczności przeciwne poza wskazaniem na sformułowanie zawarte w referencji wystawionej przez Budimex-Dromex (pkt 2 lit b), a dotyczące „aktualizacji elementów projektu budowlanego”. Aktualizacji elementów projektu jest wzięciem odpowiedzialności za cały projekt, a więc jest w istocie wykonaniem aktualnego projektu, choćby nawet polegającym na przeniesieniu większości danych i rozwiązań z projektu aktualizowanego lub pozostawieniu ich w ogóle bez zmian. Natomiast odnośnie dat wykonania dokumentacji Izba wskazuje, iż nie widzi dostatecznych powodów aby niepodpisane referencje ściągnięte ze strony internetowej (pkt 2 lit. c) uznać za bardziej wiarygodne od przedłożonych w postępowaniu, podpisanych referencji Budimex-Dromex (pkt 2 lit b) potwierdzających stanowisko przystępującego.

Za niewykazane uznano również zarzuty jakoby p. Bartłomiej B. wykazany w poz. nr 1 uzupełnionego przez MP-Mosty wykazu osób jako projektant branży drogowej nie opracował projektu budowlanego i wykonawczego przebudowy wskazanej tam inwestycji. Należy przy tym wskazać, iż termin wykonania prac wskazany pierwotnie w ogłoszeniu o zamówieniu, a rzeczywisty termin zakończenia realizacji zamówienia, to mogą być dwa różne i odległe terminy (np. z powodów ewentualnych przesunięć w procedurze przetargowej, modyfikacji ogłoszenia i siwz, aneksowania umowy... etc.). Chociażby w związku z powyższym trudno uznać spekulacje odwołującego na temat rzeczywistego zakresu i charakteru prac projektowych jedynie na podstawie dat w ogłoszeniu zawartych, za bardziej wiarygodne od referencji wystawionych przez generalnego wykonawcę robót opisujących dokładnie wykonane prace projektowe (dowód pkt 2 lit. e).

Reasumując zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia obu wskazanych wykonawców Izba podkreśla, iż nie zostały uznane za zasadne w związku z brakiem niebudzącego wątpliwości udowodnienia nieprawdziwości informacji służących wykazaniu udziału w postępowaniu podawanych przez Progrek i MP-Mosty. Jakkolwiek niektóre deklarowane i podawane przez ww. wykonawców informacje należałoby uznać za równie niepotwierdzone, gołosłowne i budzące szereg wątpliwości, to jednak ciężar dowodu okoliczności, na których oparte zostały zarzuty odwołania spoczywał ewidentnie na odwołującym. Tymczasem, jak już wskazano, odwołujący nie przedstawił dowodów zupełnych i bezpośrednich, takich jak np. kompletne dokumentacje projektowe wykonywane w ramach wykazywanych inwestycji lub specyfikacje istotnych warunków zamówień, w ramach których dokumentacje były zamawiane, informacji od inwestorów, zlecających wykonanie lub Inżynierów Kontraktów w sprawie dat zakończenia usług projektowych... etc, poprzestając w tym przedmiocie na dowodach pośrednich i własnych spekulacjach.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, do której załączono nieważną umowę konsorcjum, Izba wskazuje, iż zgodnie z dyspozycją tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Natomiast przepis art. 23 ust. 1 Pzp dopuszcza wspólne ubieganie się o zamówienie przez kilku wykonawców (tzw. konsorcjum). Jedynym ustawowym wymogiem dla udziału w postępowaniu i złożenia oferty przez konsorcjum jest wskazane w ust. 2 art. 23 ustawy ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zawarcie umowy konsorcyjnej nie jest wymagane. Tym samym nieistotna z punktu widzenia regulacji ustawowych była ocena możliwości działania przedstawiciela spółki prawa handlowego w trakcie zawierania umowy z samym sobą. Natomiast oceniając treść załączonej do oferty Progreg umowy konsorcyjnej stwierdzić można, iż podpisując się po jej treścią, p. Grzegorz Kudelski ustanowił swoim pełnomocnikiem w postępowaniu Progreg Sp. z o.o.. Ustanowienie pełnomocnictwa jest jednostronną czynnością prawną, a w tym przypadku pełnomocnik, Progreg Sp. z o.o. podjął działania w postępowaniu w imieniu własnym oraz swojego mocodawcy. Przy czym spółka ta nie musiała ustanawiać samej siebie własnym pełnomocnikiem, ani w szczególności zawierać jakichkolwiek umów w tej sprawie.

W związku z powyższym zarzut zaniechania odrzucenia oferty Progreg w związku z ewentualnymi wadami reprezentacji Progreg Sp. z o.o. w trakcie podpisywania umowy konsorcyjnej uznano za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wskazać należy, iż zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W świetle przepisów ustawy podstawą odrzucenia oferty jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny o takim charakterze (art. 89 ust. 1 pkt 4), a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogólnie nie zostać złożone (art. 90 ust. 3).

Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisów odnoszących tego typu cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym

ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Odnosząc się natomiast do rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż tak zdefiniowana cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje a także strona, która wystąpienia danych faktów podnosi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Generalnie więc fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien podmiot, który jej wystąpienie podnosi – w tym wypadku odwołujący.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba stwierdza, iż żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, co do należnego i realnego kosztu wykonania danych usług projektowych odwołujący nie przedstawił. W szczególności nie wykazano twierdzeń w przedmiocie niemożliwości wykonania zamówienia za ceny zaproponowane przez Progreg i MP-Mosty. Przedstawienie dowodów tego typu jest szczególnie istotne w przypadku usług intelektualnych trudnych do wymiernego oszacowania i obiektywnego wycenienia. Wskazane więc byłoby przynajmniej częściowe wykazanie stałych i wymiernych składników kosztów usług (takie jak koszty osobowe, opłaty administracyjne... itp) umożliwiające przynajmniej powstanie domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Samo porównanie szerokiej rozpiętości cen ofert złożonych w postępowaniu dowodzi co najwyżej wskazanej niewymierności szacunków i cen tego typu usług występujące na rynku.

Podsumowując uzasadnienie oddalenia ww. zarzutu Izba stwierdza, iż odwołujący nie przedstawił dowodów umożliwiających potwierdzenie ceny rażąco niskiej w ofertach Progreg i MP-Mosty, a nawet dowodów mogących stanowić podstawę faktyczną domniemania wystąpienia takiej ceny i nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Przewodniczący: