

Sygn. akt: KIO/UZP 126/08

WYROK
z dnia 29 lutego 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

**Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Europrojekt Gdańsk Sp. z o.o. (lider), Schmidt Stumpf Fruhauf und Partner Ingenieurgesellschaft mbH; 80-680 Gdańsk, ul. Nadwiślańska 55** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska działająca w imieniu Gminy Miasta Gdańska, 80-126 Gdańsk, ul. Piekarnicza 16** protestu z dnia 25.01.2008r.

przy udziale **Konsorcjum: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 15 i Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft mgH w Dusseldorfie oraz MP-Mosty Sp. z o.o. w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać powtórzyć badanie i ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska działającą w imieniu Gminy Miasta Gdańska, 80-126 Gdańsk, ul. Piekarnicza 16**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Europrojekt Gdańsk Sp. z o.o. (lider), Schmidt Stumpf Fruhauf und Partner Ingenieurgesellschaft mbH; 80-680 Gdańsk, ul. Nadwiślańska 55,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 9002 zł 84 gr (słownie: dziewięć tysięcy dwa złote osiemdziesiąt cztery grosze) przez **Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska działającą w imieniu Gminy Miasta Gdańska, 80-126 Gdańsk, ul. Piekarnicza 16** na rzecz **Konsorcjum: Europrojekt Gdańsk Sp. z o.o. (lider), Schmidt Stumpf Fruhauf und Partner Ingenieurgesellschaft mbH; 80-680 Gdańsk, ul. Nadwiślańska 55,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa prawnego oraz innych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Europrojekt Gdańsk Sp. z o.o. (lider), Schmidt Stumpf Fruhauf und Partner Ingenieurgesellschaft mbH; 80-680 Gdańsk, ul. Nadwiślańska 55.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańsk, działająca w imieniu Gminy Miasta Gdańsk Ul. Piekarnicza 16. 80-126 Gdańsk przetargu nieograniczonego na opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą: „Projekt poprawy dostępu drogowego do Portu Gdańsk — Budowa Trasy

Sucharskiego” (I/PN/035/07). Ogłoszenie opublikowane w dniu **13.11.2007 r. BZP Nr 220310 — 2007**).

21.01.2007 r. – Zamawiający wystosował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SchiiBler — Plan IngenieurgeseUschaft mbH z siedzibą w Diisseldorfie (Niemcy), MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

25.01.2007 r. – Konsorcjum firm: Europrojekt Gdańsk sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk, Schmitt Stumpf Fruhauf und Partner Ingemeurgeseftlschaft mbH z siedzibą w Monachium (LeopoldStrasse 208, 80804 Munchen (Niemcy) adres Konsorcjum dla doręczeń: Europrojekt Gdańsk sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk złożyło protest.

04.02.2008 r. – Konsorcjum: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SchiiBler — Plan IngenieurgeseUschaft mbH z siedzibą w Dusseldorfie (Niemcy), MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przystąpiło do postępowania prowadzonego w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

04.02.2008 r. – Zamawiający rozstrzygnął protest przez oddalenie protestu.

06.02.2008 r. – Konsorcjum Europrojekt złożyło odwołanie.

13.02.2008 r. – Konsorcjum ILF złożyło przystąpienie do odwołania.

Protest i odwołanie na czynności polegające na:

- 1) **wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum:** (1) **ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SchiiBler,** (2) **Plan IngenieurgeseUschaft mbH z siedzibą w Diisseldorfie (Niemcy),** (3) **MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,**
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum trzech firm opisanego w pkt 1,

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), a w szczególności:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 1 pkt 2 i pkt 3 w zw. z ust. 4** Pzp — przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum trzech firm: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SchfiBler — Plan IngenieurgeseUschaft mbH z siedzibą w Di:isseldorfie (Niemcy), MP MOSTY sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie i odrzucenia jego oferty, pomimo tego, iż Lider Konsorcjum brał bezpośredni udział w czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, Konsorcjum to złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a także nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w przetargu;
- 2) **art. 91 ust. 1** Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum trzech firm pomimo tego, iż Konsorcjum to podlegało wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 — 3 Pzp;
- 3) **art. 89 ust. 1 pkt 5** Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum trzech firm: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SchiiBler — Plan IngenieurgeseUschaft mbH z siedzibą w Diisseldorfie (Niemcy), MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu;
- 4) **art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1** Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum trzech firm: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Schiifiler — Plan IngenieurgeseUschaft mbH z siedzibą w D (Niemcy), MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 5) **art. 7 ust. 1** Pzp naruszeniem zasad uczciwej konkurencji będącej konsekwencją wyżej wskazanych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Schul3ler — Plan IngenieurgeseUschaft mbH z siedzibą w Dtisseldorfie (Niemcy), MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny złożonych ofert oraz
- 3) nakazanie Zamawiającemu czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum trzech firm: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SchiM3ler — Plan IngenieurgeseUschaft mbH z siedzibą w Diisseldorfie (Niemcy), MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655), zwaną dalej „Pzp” lub „ustawą Prawo zamówień publicznych” i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z ust. 4 Pzp,

- 4) nakazanie Zamawiającemu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum trzech firm: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Schussler Plan Ingenieurgesellschaft fur Bau – und Verkehrswegeplanung mbH Biuro Lipsk Eilenburger Strasse 3 (Niemcy), MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Ad 1 (poniechanie obowiązku wykluczenia Wykonawcy, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania).

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp przepis wymienia dwie okoliczności, których zaistnienie skutkuje obowiązkiem wykluczenia Wykonawcy z postępowania:

- 1) wykonywanie bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem postępowania;
- 2) posługiwanie się przez Wykonawcę w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania.

Uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, tj. rezultat prac podmiotu uczestniczącego jest wykorzystywany przez Zamawiającego bez jego istotnej ingerencji w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej zarzut należy uznać za chybiony, gdyż Konsorcjum ILF nie można przypisać wykonywania czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania. Opracowane, na podstawie innego postępowania, Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowe (STEŚ) nie służyło określeniu wartości szacunkowej zamówienia ani sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. STEŚ stanowił jedynie załącznik do specyfikacji wymieniony w pkt 6 SIWZ jako jeden z elementów zaliczanych do materiałów wyjściowych do projektowania.

Tak więc efekt pracy ILF mimo, że został wykorzystany przez Zamawiającego, to nie pozwala na stwierdzenie, że podmiot ten, a tym bardziej Wykonawcy występujący wspólnie (ILF jako uczestnik konsorcjum), wykonywał bezpośrednio czynności w badanym postępowaniu.

Zauważyć należy, że opracowanie Studium miało jedynie na celu dostarczenie Zamawiającemu informacji służących do podjęcia optymalnej decyzji wybrania rodzaju przejścia przez Martwą Wisłę.

Ad 2 (niedopuszczalna zmiana treści oferty w części dotyczącej załącznika nr 8 do oferty).

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na potwierdzenie warunku posiadanego doświadczenia Zamawiający żądał przedstawienia wykazu dokumentacji projektowych wielobranżowych (projekt budowlany i wykonawczy) dla obiektów inżynierskich (wiadukty i mosty, w tym co najmniej jeden o rozpiętości przęsła min. 65 m), dla których uzyskano pozwolenie na budowę, zaprojektowanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, przed dniem wszczęcia postępowania, zgodnie z pkt 8 lit. e specyfikacji, sporządzonego wg wzoru załącznika nr 9 do oferty) oraz dokumenty dotyczące wymienionych zadań potwierdzające wykonanie tych zadań z należytą starannością – pkt 9.9 specyfikacji. Warunkiem było wykonanie (zakończenie) co najmniej dwóch dokumentacji projektowych wielobranżowych (projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy obiektów inżynierskich (wiadukty i mosty, w tym co najmniej jeden o rozpiętości przęsła min. 65 m), dla których uzyskano pozwolenie na budowę.

Zamawiający analizując ofertę konsorcjum ILF powziął wątpliwość dotyczącą referencji dla firmy Schussler Plan Ingenieurgesellschaft fur Bau – und Verkehrswegeplanung mbH Biuro Lipsk Eilenburger Strasse 3 dotyczącą tego, czy firma Biuro Lipsk Eilenburger Strasse 3, dla którego wystawione zostały referencje dotyczące należytego wykonania dokumentacji jest firmą lub oddziałem firmy Schussler Plan Ingenieurgesellschaft fur Bau – und Verkehrswegeplanung mbH z siedzibą Sankt Franziskus Str. 148, 40470 Dusseldorf i wystosował pismem z 02.01.2008 r. wezwanie o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający w żądanym zakresie odpowiedzi nie otrzymał do wskazanej daty – 16.01.2008 r., w związku z czym zachodzą okoliczności określone przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp skutkujące koniecznością wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp Zamawiający uznaje ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania za odrzuconą.

Ad 3 (uznanie spełnienia warunku wykazania właściwego doświadczenia mimo braku uprawnień Pana Józefa Kajstury w zakresie wymaganym przez Zamawiającego).

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia i doświadczenie zawodowe odpowiednie do powierzonych im stanowisk w pkt 8 lit. h lp. 8 specyfikacji wskazał, że sprawdzający musi posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej lub konstrukcyjno-budowlanej. Osoba ta musi posiadać przynajmniej 10-letnie doświadczenie i musi wykazać wykonanie przez siebie minimum dwóch dokumentacji projektowych (projekt budowlany, program funkcjonalno-użytkowy lub projekt wykonawczy) tunelu pod ciekim wodnym realizowanego metodą inną niż górnicza.

U Zamawiającego działającego z należytą starannością powinny pojawić się wątpliwości (powstałe chociażby na skutek wniesienia protestu przez Odwołującego) do właściwego potwierdzenia doświadczenia zawodowego Pana Kazimierza Kajstury, wobec treści dokumentu zamieszczonego na str. 246 oferty, a dotyczącego posiadania uprawnień projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej z wyłączeniem m.in. mostów. Należy zwrócić uwagę, że treść § 13 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 oraz z 1991 r. Nr 69, poz. 299) zalicza do mostów również tunele. Zgodnie z wymienionym rozporządzeniem sporządzanie projektów w zakresie mostów i tuneli wymaga posiadania uprawnienia w innej specjalności tj. konstrukcyjno-inżynierskiej.

Wobec powyższego Zamawiający w zakresie działania z należytą starannością powinien na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zażądać wyjaśnień, a następnie podjąć decyzję na podstawie udokumentowanych przesłanek, czy Pan K. Kajstura mógł legitymować się doświadczeniem, na zdobycie którego konieczne są inne uprawnienia niż sam posiada.

Ad 4 (niedopuszczalna zamiana osoby wskazanej przez wykonawcę na inną osobę spełniającą wymagania specyfikacji).

Wobec cofnięcia zarzutu przez Odwołującego zarzut nie podlegał rozpatrzeniu przez Izbę.

Ad 5 (przyjęcie oferty z rażąco niską ceną – oferta Konsorcjum ILF).

Zamawiający może ofertę z ceną odbiegającą od wyliczeń wartości szacunkowej i kwoty którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także z ceną odbiegającą od innych cen ofertowych uznać za właściwą. Mieści się to w granicach należytej staranności, do której jest zobowiązany Zamawiający. Jednak w momencie, gdy pojawiają się sygnały, że któraś z ofert może zawierać rażąco niską cenę powinien skorzystać z uprawnienia wyrażonego w art. 90 ust. 1 Pzp. Takim sygnałem może być np. protest.

W badanym postępowaniu Zamawiający sam autorytatywnie i bez przeprowadzania udokumentowanej analizy uznał, że cena oferty stanowiąca ok. 44 % kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest ceną, która nie wymaga wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Jak wskazuje się bowiem w literaturze prawniczej, pogląd jakoby podstawą porównania była szacunkowa wartość zamówienia, nie jest w pełni trafny. Istnieją bowiem również inne obiektywne kryteria np. średnia cen pozostałych ofert najbardziej do siebie zbliżonych pod względem cenowym (zob. A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski „Analiza wyroków Sądów Okręgowych analiza wyroków Zespołu Arbitrów wydanych na podstawie przepisów Pzp” str. 169).

W przedmiotowym postępowaniu oferta Konsorcjum trzech firm była o około 40% niższa niż druga w kolejności oferta Odwołującego i o blisko 50% niższa od oferty trzeciego Wykonawcy – BPBK; DIW Rambol Danmark na kwotę 41.663.000,00zł (którego oferta została odrzucona). Należy zwrócić również uwagę na to, co Zamawiający pominął w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, iż kwota jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynosiła 59.000.000zł, czyli była ponad 150% wyższa od wybranej oferty.

W istocie dowodzi tego, że Zamawiający powinien zdawać sobie sprawę z tego, że wymieniona w protokole wartość jest niedoszacowana. W przeciwnym, bowiem razie racjonalnie gospodarujący środkami publicznymi podmiot nie zabezpieczałby w swoim planie finansowym kwoty, która byłaby ponad dwukrotnie wyższa od szacunkowej wartości zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w badanym stanie faktycznym, nieodzwonne jest skorzystanie przez Zamawiającego z dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp. Z całą mocą należy podkreślić, że przyjęcie przez Zamawiającego, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w PFU (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), najniższego wskaźnika procentowego kosztów dokumentacji projektowej (na poziomie 2,5%) dla określenia wartości szacunkowej zamówienia, może budzić uzasadnione wątpliwości, w szczególności biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jego unikalność i nowatorstwo. Zastrzeżenia budzi to tym bardziej, że kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia odpowiada wartości, która wynikałaby z zastosowania najwyższego wskaźnika (na poziomie 4,5%).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*