

Sygn. akt: KIO 427/13

WYROK
z dnia 12 marca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2013 roku przez wykonawcę Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Waliców 11, 00-851 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Korfantego 38, 40-161 Katowice

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Spółdzielcze BUDOPROJEKT w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ulicy 1 Maja 11, 40-224 Katowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Waliców 11, 00-851 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Waliców 11, 00-851 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Wykonanie planu i projektu bazy cargo w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Katowice w Pyrzowicach* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 20 października 2012 roku pod numerem 2012/S 203-334431.

15 lutego 2013 roku Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

25 lutego 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec podjętych przez Zamawiającego czynności i zaniechania podjęcia czynności, jako niezgodnych z przepisami ustawy w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na: zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach, dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach, jako oferty najkorzystniejszej a stanowiących naruszenie przepisów ustawy i uniemożliwiających uzyskanie Odwołującemu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 7, art. 24 ust. 1 i 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 89 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 8, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności dokonanych przez Zamawiającego, a w szczególności w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert,
- ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w niniejszym

postępowaniu, zgodnie z przepisem art. 91 ustawy przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że naruszenie ww. przepisów, spowodowało uszczerbek w interesie Odwołującego, wyrażający się brakiem możliwości uzyskania zamówienia publicznego, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z zasadami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 lutego 2013 r. Odwołujący otrzymał w dniu 15 lutego 2013 r., Kopia treści odwołania została w dniu 25 lutego 2013 r. przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 15 lutego 2013 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. W piśmie tym Zamawiający wskazał, iż Wykonawca - Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach, spełnia wszystkie warunki określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w tym postępowaniu. Z ww. rozstrzygnięciem Zamawiającego nie można się zgodzić.

Zgodnie z art. 7 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 lutego 2013 r. wskazał, że oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, iż Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach nie złożyło oferty w postępowaniu. Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach działa w formie prawnej jaką jest spółdzielnia. Powyższe wynika z rubryki 1 Dane podmiotu Działu 1 odpisu aktualnego z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Wskazana forma prawna działalności pociąga za sobą szczególne konsekwencje wynikające z przepisów ustawy z dnia 16 września 2003 r. Prawo spółdzielcze (t.j.: Dz. U. z 2003 r., Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.). Zgodnie z treścią przepisu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy statut spółdzielni powinien określać oznaczenie nazwy z

dotądkiem "spółdzielnia" lub "spółdzielczy" i podaniem jej siedziby. Prawo spółdzielcze zatem w pewnym stopniu ogranicza swobodę w zakresie kreowania nazwy podmiotu jakim jest spółdzielnia, czyniąc to analogicznie jak ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.) w art. 90 odnośnie oznaczenia oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce. Zgodnie z art. 7 ustawy prawo spółdzielcze spółdzielnia podlega obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Wszystko to wskazuje na to, że ustawodawca przywiązuje duże znaczenie do prowadzenia rejestru i rzetelności oraz aktualności zawartych w nim wpisów. Wiąże się to z zasadami wiarygodności i zupełności, które są podstawowymi zasadami rejestru. Celem rejestru jest zagwarantowanie pewności i zaufania w obrocie prawnym pomiędzy spółdzielnią i osobami trzecimi w interesie obu stron. Dlatego też osoby trzecie nie mogą zasłaniać się nieznaną sobie danymi, które zostały wpisane do rejestru, chyba że dowiodą, iż o nich wiedzieć nie mogły. Sąd Najwyższy stwierdził w związku z tym w orzeczeniu z dnia 28 kwietnia 1975 r. III_CRN_40/75 (OSNCP 1976, z. 6, poz. 132), że wiążący charakter ma sama treść wpisu, a nie dane dające się wydedukować z dokumentów dołączonych do akt rejestrowych. Dlatego też, jeżeli spółdzielnia chce osiągnąć skutki, jakie ustawa wiąże z wpisem do rejestru, powinna wykazywać maksimum troski o to, by wpis do rejestru odzwierciedlał w sposób precyzyjny dane podlegające ujawnieniu (Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 21 lipca 1988 r. sygn. akt III CZP 60/88). Skoro zatem w rubryce 1 Dane podmiotu Działu 1 odpisu aktualnego z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wpisano nazwę spółdzielni: Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach, i nazwa ta odpowiada wymaganiom postawionym w przepisie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo spółdzielcze, to należy uznać, iż pod tą właśnie nazwą spółdzielnia prowadzi swoją działalność. Tymczasem na stronie pierwszej dokumentu zatytułowanego oferta i złożonego w postępowaniu w miejscu nazwa Wykonawcy wskazano: Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT”, wskazano zatem inny podmiot niż ten dla którego załączono odpis aktualny z Krajowego Rejestru Sądowego. Takie samo określenie podmiotu znajduje się również w potwierdzeniu dokonania przelewu wadium (str. 19), w zaświadczeniu o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 12 listopada 2012 r. wydanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie (str. 26), oraz w Polisie Nr 998-A-193053 z dnia 6 maja 2012 r. (str. 31-33), również w zmianie do oferty w formularzu oferty (str. 1-2). Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż w niektórych dokumentach wskazano prawidłowo podmiot, którego one dotyczą, takich jak zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawione przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w Katowicach z dnia 25 października 2012 r. (str. 24-25) czy informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 20 listopada 2012 r.

(str. 30), dotyczącego podmiotu zbiorowego. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Art. 82 ust. 2 ustawy wymaga dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem nieważności (ad solemnitatem) formy pisemnej, albo, za zgodą Zamawiającego, postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jedynie na marginesie należy zwrócić uwagę, że w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający także w specyfikacji w rozdziale VIII - Opis sposobu przygotowania ofert - w pkt A i B pouczył wykonawców, że oferta musi być sporządzona z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Z uwagi na fakt, iż ustawa nie zawiera szczególnej regulacji dotyczącej formy pisemnej należy stwierdzić, że w oparciu o art. 14 ustawy w zakresie tym stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. W tym przypadku należy odwołać się do art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego (KC), który stanowi, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Zatem zgodnie z treścią ww. przepisu w celu zachowania odpowiedniej formy oferty koniecznym było złożenie przez wykonawcę własnoręcznego podpisu pod treścią dokumentu obejmującego treść oświadczenia woli. Przez złożenie podpisu na dokumencie obejmującym oświadczenie woli podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych. Ponadto złożenie podpisu wskazuje, że dokument nie jest projektowaną, lecz ostateczną wersją określonego oświadczenia a także, że oświadczenie jest zupełne i pochodzi od osoby podpisanej. Jak się przyjmuje nie są oświadczeniami woli w rozumieniu art. 60 KC zachowania niesłużące regulowaniu skutków prawnych w zakresie prawa cywilnego, w tym zachowania, których treść co prawda odnosi się do uprawnień i obowiązków cywilnoprawnych, które jednak nie zawierają stanowczej decyzji wywołania skutków prawnych, jak również tzw. wypowiedzi sprawozdawcze (informujące o faktach - zawiadomienia, potwierdzenia, poświadczenia, pokwitowania itp.) (tak też Kodeks cywilny. Komentarz pod red. prof. dr hab. Edward Gniewek, rok wydania: 2010, C.H.Beck, wydanie: 4). Przepis art. 60 KC stanowi, iż oświadczenie woli może być złożone przez każde zachowanie się, które w sposób dostateczny ujawnia wolę osoby składającej. W związku z powyższym w doktrynie wywodzi się ze wskazanego przepisu ogólną zasadę swobody formy oświadczeń woli. Nie sposób jednak pominąć, iż użycie przez ustawodawcę zwrotu "z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych" wskazuje na źródła ograniczeń ustanowionej swobody. Pod pojęciem przesłanek skutecznego złożenia oświadczenia woli rozumieć należy okoliczności, od których zależy przypisanie danemu zachowaniu waloru oświadczenia woli. Należy je odróżnić od innych przesłanek, dodatkowych przesłanek warunkujących wywołanie przez to oświadczenie woli określonych skutków prawnych,

będących w rzeczywistości przesłankami skuteczności czynności prawnej, której to oświadczenie dotyczy. W doktrynie wskazuje się (J. Grykiel, M. Łemkowski: "Czynności prawne. Komentarz do art. 56-81 k.c.", C.H. Beck, 2010), iż o złożeniu oświadczenia woli decydują następujące przesłanki: podmiotowość prawna po stronie składającego oświadczenie, brak okoliczności wyłączających świadomość lub swobodę wyrażenia woli, przypisywany, na podstawie całokształtu okoliczności, zamiar wywołania określonych skutków prawnych, działanie wymaganej liczby osób - w przypadkach składania oświadczenia woli z wykorzystaniem konstrukcji reprezentacji, dojście oświadczenia do właściwego adresata, o ile jest wymagane. Zaś pozostałe okoliczności, w szczególności takie jak zdolność do czynności prawnych, forma, umocowanie, *conditiones* *lris*, nie decydują o samym fakcie złożenia oświadczenia woli, ale o ważności złożonego oświadczenia. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż ofertę należy badać w dwóch aspektach, z jednej strony, czy mamy w ogóle do czynienia ze złożeniem oświadczenia woli oraz, czy oświadczenie to posiada cechy, determinujące jego ważność. W tej sprawie nie budzi wątpliwości, iż Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach składając ofertę, złożyło Zamawiającemu oświadczenie woli zawarcia umowy, określając jej istotne postanowienia, w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Można zatem domniemywać, że wolą Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach było złożenie prawidłowej oferty, wskazuje na to fakt złożenia m.in. wszystkich załączników, ponumerowanie i spięcie wszystkich stron oferty. Jednakże te okoliczności świadczą jedynie o zamiarze wywołania określonych skutków prawnych, który jest jedną z przesłanek decydujących o złożeniu oświadczenia woli. Wobec czego należy uznać, iż z oświadczeniem woli w rozumieniu art. 60 KC. w niniejszej sprawie mamy do czynienia. Jednakże nie sam fakt złożenia oświadczenia woli jest istotą sporu, ale ważność złożonego oświadczenia woli z punktu widzenia formy. Należy podkreślić, iż inne są przesłanki świadczące o złożeniu oświadczenia woli, a inne o jego ważności. Sam fakt złożenia oświadczenia woli nie decyduje bowiem o jego skuteczności. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przepis ten zawiera normę, z której dyspozycji wynika obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą. Ustawa zawiera wymagania co do formy oferty, mające swoje źródło w jednej z zasad postępowania, a mianowicie w zasadzie pisemności (art. 9 ustawy p.z.p.). Zgodnie z przepisem art. 82 ust. 2 ustawy, ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Oznacza to, że złożenie oferty w innej formie niż wynika to z ustawy, stanowi podstawę do jej odrzucenia. Jednocześnie w świetle art. 78 § 1 KC do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie

własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Mając na uwadze powyższe, w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że odcisk pieczętki imiennej nie jest desygnatem pojęcia "własnoręcznego podpisu." Skoro więc Zamawiający wymagał zachowania formy pisemnej oferty, a wymóg ten koresponduje z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 82 ust. 2 ustawy, to niezachowanie tego wymogu, aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Z tych przyczyn czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, w świetle wskazanej podstawy prawnej, znajduje uzasadnienie. Ustawodawca nakazuje również odrzucić ofertę z przyczyn, kiedy o jej nieważności stanowią odrębne przepisy (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy). Zaś, przyczyną nieważności czynności prawnej jest niezachowanie formy pisemnej, której obowiązek zachowania został zastrzeżony w ustawie pod rygorem nieważności (art. 73 § 1 KC) oraz niezachowanie wymagań określonych w przepisie art. 54 ustawy Prawo spółdzielcze, określające zasady reprezentacji oraz sposób składania oświadczeń woli w imieniu spółdzielni. Przepis art. 54 ust. 2 ustawy Prawo spółdzielcze stanowi, iż oświadczenia woli za spółdzielnie składa się w ten sposób, że pod nazwą spółdzielni osoby upoważnione do ich składania zamieszczają swoje podpisy. Taki sam sposób składania oświadczeń woli za spółdzielnie został ujawniony w odpisie aktualnym z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Skoro zatem zarówno nazwa spółdzielni jak i sposób składania oświadczeń woli za spółdzielnie została określony zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w tym

w szczególności ustawą Prawo spółdzielcze i ujawniony w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego to jest on bezwzględnie obowiązujący. W związku z powyższym stwierdzić należy, iż przepis art. 73 § 1 KC w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy w zw. z art. 5 i art. 54 ustawy Prawo spółdzielcze stanowi podstawę prawną dla oceny oferty Przedsiębiorstwa Spółdzielczego BUDOPROJEKT w Katowicach i uznania jej za nieważną, co z kolei przesądza o konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy. W sytuacji bowiem zastrzeżenia w przepisie art. 82 ust. 2 ustawy formy pisemnej pod rygorem nieważności, brak zachowania tej formy przez Odwołującego (o czym była mowa wyżej), powoduje jej nieważność. Brak zachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności nie może być w żaden sposób konwalidowany. Skoro bowiem konieczną przesłankę ważnego oświadczenia stanowi zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności, to jej niedochowanie powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej (art. 73 § 1 KC). Konstrukcja ta wyłącza więc dochowanie tej formy po złożeniu oświadczenia woli. Z tych przyczyn absolutnie nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Brak podpisu na formularzu ofertowym nie

stanowi omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Stwierdzone uchybienia nie mają charakteru omyłek w odniesieniu do wymagań postawionych w SIWZ a stanowią o niezgodności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w szczególności ustawy i Prawo spółdzielcze. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców ujawnionego wskutek uznania oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Spółdzielcze BUDOPROJEKT w Katowicach za złożoną właściwie, pomimo dosyć szczegółowego badania pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Spółdzielczego „BUDOPROJEKT” w Katowicach powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i 8 ustawy. W konsekwencji powyższego wyводу należałoby uznać, iż przedmiotowa oferta w ogóle nie została złożona.

Na marginesie należy wskazać, iż Wykonawca Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach, podlega wykluczeniu z udziału w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S. A. w Katowicach, pismem z dnia 16 grudnia 2012 r. wezwał Wykonawcę Przedsiębiorstwo Spółdzielcze BUDOPROJEKT w Katowicach do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnień dokumentów - brakujących lub zawierających błędy, w tym również oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 3 do SIWZ oraz Wykaz wykonanych usług zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 4 do SIWZ. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy 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 ofert, tj. na dzień 3 grudnia 2012 r. Tymczasem załączone do pisma z dnia 10 stycznia 2013 r. oświadczenie oraz wykaz wykonanych usług zostały opatrzone datą 10 stycznia 2013 r., i nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu. Wskazać należy również, że pismo z wyjaśnieniami i uzupełnieniami z dnia 10 stycznia 2013 r. nie zostało podpisane w sposób określony dla ważności składanych oświadczeń woli za spółdzielnie. Nie sposób również zaakceptować treści wezwania do uzupełnienia dokumentów sporządzonego przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem, aby Wykonawca dostarczył dokumenty opatrzone pieczęcią spółdzielni i podpisami,

gdy zgodnie z brzmieniem przepisu art. 54 ustawy Prawo spółdzielcze dla skuteczności oświadczeń woli składanych za spółdzielnie wymagane jest złożenie podpisów przez osoby uprawnione do reprezentacji spółdzielni pod nazwą spółdzielni. Należy zatem wskazać, iż Wykonawca Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach nie dokonało również skutecznie uzupełnień w dniu 10 stycznia 2013 r. Powyższy wniosek nasuwa się po dokonaniu porównania treści pieczętek zamieszczonych na dokumentach a nazwy spółdzielni wskazanej w odpisie z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez to, że Zamawiający dokonał wyboru oferty z ceną rażąco niską przez naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy ponieważ przyjął wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach. Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach wskazało na następujące elementy kalkulacji: Koszty własne takie jak czas realizacji umowy - 9 miesięcy, zespół projektowy - 6 projektantów i 6 osób personelu pomocniczego (asystent, kosztorysant itp.), średniomiesięczna część wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotu oferty (przy jednoczesnym wykonywaniu innych usług) kształtuje się następująco: dla projektanta 2 500 zł/1 miesiąc, dla personelu pomocniczego 1 000 zł/1 miesiąc, sprawdzenie projektów 10.000 zł, koszty biura - 50%, zysk - 8%: Wycena $[9 \times (6 \times 2\,500 + 6 \times 1\,000) + 10\,000] \times 1.5 \times 1.08 = 199\,000 \times 1.5 \times 1.08 = 322\,380 \text{ zł} + \text{VAT}$.

Zakres prac zdefiniowany przez Zamawiającego jest bardzo szeroki i technicznie złożony. Sama pierwsza faza koncepcyjna projektu szacowana na 4 miesiące zakłada wykonanie: projektów koncepcyjnych przyjętych rozwiązań projektowych w zakresie: przygotowania terenu pod budowę, wykonania dokumentacji poszczególnych obiektów budowlanych lub ich części, włącznie z robotami wykończeniowymi, wykonania dokumentacji instalacji budowlanych i sieci zewnętrznych włącznie z montażem urządzeń oraz przyłączeniem instalacji do sieci zewnętrznych, wykonywania poszczególnych obiektów będących przedmiotem zamówienia, uwzględniającej potrzeby Zamawiającego opisane w niniejszym OPZ i wymagania techniczno - technologiczne ich realizacji, wstępne oszacowanie kosztów realizacji robót wraz z oszacowaniem wartości dla poszczególnych branż: roboty związane z przygotowaniem terenu pod budowę, roboty związane z wykonaniem poszczególnych obiektów budowlanych włącznie z robotami wykończeniowymi, koncepcji instalacji

budowlanych wraz z urządzeniami dla całego zamierzenia budowlanego, koncepcji zagospodarowania terenu. Projekty koncepcyjne winny zawierać: optymalne rozwiązania funkcjonalno-użytkowe, konstrukcyjne i materiałowe, charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych (charakterystykę techniczną obiektu), część opisową (krótki opis techniczny), część rysunkową (rysunki, szkice, schematy, wizualizacje), zestawienie wstępnych kosztów robót, minimum dwa rozwiązania w zakresie technologii realizacji budynku terminala Cargo oraz minimum dwa rozwiązania architektoniczne z analiza porównawcza wariantów, wariant odprowadzenia podczyszczonych wód opadowych i roztopowych nowym wylotem, albo do istniejącego odbiornika WE, koncepcję zapotrzebowania energetycznego dla min. dwóch rozwiązań koncepcyjnych z zastosowaniem BAT (najlepszej dostępnej techniki), koncepcję gospodarki odpadami.

Należy zwrócić uwagę na wymagane przez Zamawiającego rozwiązania wariantowe, które niosą za sobą implikacje branżowe i ogromne nakłady pracy. Nie jest możliwe prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia w określonym przez Zamawiającego czasie przy założeniu zatrudnienia projektantów i asystentów w niepełnym wymiarze czasu pracy. Dlatego też Zamawiający określił w ramach wymagań dotyczących kluczowej kadry: „minimum 1 osoba”, dopuszczając jednocześnie zatrudnienie większej liczby osób w zależności od postępu prac. Nie jest możliwe określenie na podstawie przedstawionej kalkulacji, co być może jest celowym wybiegiem, jaka część etatu pracy projektanta została wyceniona czy też założona „*przy jednoczesnym wykonywaniu innych usług*”. Niemniej wychodząc nawet z niskiego pułapu wynagrodzeń dla bądź co bądź kluczowych ekspertów na poziomie średnich zarobków brutto specjalistów z branży technicznej (na podstawie strony Banku Danych o Inżynierach; www.bdi.com – dane na styczeń 2012r.), szacowanym w 2012r. na poziomie 5 113 zł brutto (co z uwzględnieniem kosztów pracodawcy, które również musi kalkulować oferent na poziomie kosztów, wynosi ok. 6 392 zł), oraz zakładając, że nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną należałoby przyjąć, że zaangażowanie projektantów do realizacji zamówienia będzie wynosiło ok. 1,5 do maksymalnie 2 tygodni pracy na miesiąc. Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ w ramach swojej oferty zapewnia dostępność kluczowego personelu na poziomie 1/2 czy nawet 1/3 etatu, co powinno być rozpatrywane jako niezgodność oferty z SIWZ, gdzie Zamawiający jasno określił w odniesieniu do wybranych kluczowych ekspertów „minimum 1 osoba”. Należy również wziąć po uwagę, że prace będą wykonywały osoby, których wykształcenia,

kwalifikacji, wiedzy i doświadczenia nie można wycenić na poziomie najniższego czy nawet średniego wynagrodzenia.

Element kalkulacji: Koszty zakupu materiałów do projektowania (geologia, geodezja itp.). W oparciu o rozpoznanie tematu koszty zakupu przyjęto w wysokości 32 620zł + VAT. Rozumiemy, że cena, o której mowa odnosi się do zakupu materiałów do projektowania i została przyjęta „w oparciu o rozpoznanie tematu”, jednak już samo sformułowanie budzi wątpliwości co do rzeczywistego zrozumienia przedmiotu zamówienia. Te tak zwane „materiały do projektowania” to nie produkty na półce w sklepie, tylko w dużej mierze szczegółowe i indywidualne opracowania, które należy zlecić profesjonalnym firmom - najczęściej wyspecjalizowanym podwykonawcom, dla tego konkretnego projektu (np. dokumentacja geotechniczna czy dokumentacja hydrogeologiczna). Zwracamy uwagę, że Zamawiający określił same „pozostałe usługi” niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, które zobowiązany jest wykonać wykonawca na: Ustalenie geotechnicznych warunków posadowienia projektowanego dla ETAPU I zamierzenia budowlanego wraz z wykonaniem niezbędnych opracowań i badań w tym zakresie; Wykonanie pomiarów geodezyjnych; Uzyskanie wypisów i wyrysów z ewidencji gruntów, m.in. w celu określenia stron w postępowaniu; Wykonanie lub pozyskanie wraz z aktualizacją opracowań geodezyjno-kartograficznych do celów projektowych obejmujących przygotowanie dokumentacji geodezyjnej niezbędnej do wykonania projektu budowlanego (np. wykonanie map do celów projektowych, inwentaryzacji sieci, itp.); Uzyskanie stosownych opinii, uzgodnień i sprawdzeń projektowych, a w szczególności uzgodnień z Urzędem Lotnictwa Cywilnego, Strażą Graniczną i Urzędem Celnym. Jeżeli w trakcie realizacji umowy przepisy prawa obowiązujące w Polsce wprowadzą obowiązek uzyskania nowych zatwierdzeń, uzgodnień i pozwoleń, to wykonawca zobowiązany jest je uzyskać. Za czynności, o których mowa powyżej Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie; Uzyskanie wypisu z Miejscowego Planu Zagospodarowania Przestrzennego lub Decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu; Uzyskanie od dostawców mediów warunków przyłączenia do poszczególnych sieci infrastruktury technicznej; Opracowanie operatu wodno prawnego oraz dokumentacji hydrogeologicznej dla rowu Pyrzowickiego; Uzyskanie pozwolenia wodno prawnego na wykonanie urządzeń i wprowadzenie do środowiska podczyszczonych ścieków deszczowych i roztopowych; Dokonanie zgłoszenia do organu ochrony środowiska uruchomienia nowej kotłowni lub, w przypadku zaistnienia obowiązku, uzyskanie pozwolenia na emisję zanieczyszczeń do powietrza, wraz z opracowaniem dla niej załącznika rozprzestrzeniania się zanieczyszczeń; Uzyskanie prawomocnej decyzji

o pozwoleniu na budowę lub zgody na realizację inwestycji wg tzw. „specustawy lotniskowej” tj. zapisów ustawy z dnia 12.02.2009 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz. U. z 2009r nr 42 poz. 340 z późn. zm), która jest procedurą preferowaną przez Zamawiającego; Wykonanie inwentaryzacji terenu (tj. drzew, krzewów, itp.) przewidzianego pod realizację całego zamierzenia budowlanego obejmującego terminal cargo wraz z niezbędną infrastrukturą z podziałem na etapy przewidywanych wycinek drzew w odniesieniu do etapów realizacji terminalu cargo; Wykonanie innych opracowań i dokumentacji wymaganych przez jednostki opiniujące i uzgadniające dokumentację projektową oraz otrzymanie niezbędnych uzgodnień/ opinii (m. innymi ULC) a także wszystkich uzgodnień i opinii wymaganych przy procedurze uzyskania zgody na realizację inwestycji wg „specustawy lotniskowej” tj. wg ustawy z dnia 12.02.2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz. U. Nr 42 poz. 340 z późn. zm). Dokonanie uzgodnień z właściwym miejscowo Wojewodą oraz innymi instytucjami i użytkownikami m. in.: służby sanitarne, fitosanitarne, weterynaryjne, służby Zamawiającego.

Jak wynika z powyższego zakresu Zamawiający sam określił, zgodnie ze standardami prac projektowych, że Wykonawca ma przygotować szereg opracowań stanowiących podstawę do prac projektowych. Zaznaczyć należy, że samo ustalenie geotechnicznych warunków posadowienia wymaga przeprowadzenia profesjonalnych usług inżynierskich popartych badaniami laboratoryjnymi dla pobranych próbek, opracowania wyników badań i przygotowania raportu. Jak mniemamy, mimo, że nie wykazano tych usług jako podwykonawstwa w ofercie, Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach nie posiada własnego sprzętu i personelu zdolnego do wykonania badań geotechnicznych, ani laboratorium mogącego przeprowadzić odpowiednie badania gruntów i zamierza zlecić pobranie odpowiednich próbek, sondowanie, zbadanie próbek i następnie opracowanie raportu firmie zewnętrznej (wychodząc od kosztów własnych, oferent wykazał, że nie przewidział żadnego personelu do oceny ewentualnego opracowania tych badań, które muszą być przeprowadzone przez posiadających odpowiednie uprawnienia specjalistów). Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, konieczna ilość otworów badawczych, głębokość, konieczne sondowanie etc., to koszt takich badań w wariantcie absolutnego minimum, co do zakresu oraz założenia niskich cen tego skomplikowanego i niosącego dużą odpowiedzialność opracowania, wyniósłby 30-40 000 zł netto (z zastrzeżeniem, że po wstępnej analizie nie byłoby konieczne przeprowadzenie bardziej szczegółowych badań objętych dokumentacją geologiczno-inżynierską). Tak więc, już sam punkt a), który w żaden sposób nie może być traktowany jako prosty zakup materiałów projektowych, ledwo się mieści lub przekracza określoną kwotę 32 620 zł netto. Budzi zatem

duże wątpliwości, w jakim zakresie Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach rozpoznało temat prac i opracowań przygotowawczych. Już samo sformułowanie „zakup materiałów do projektowania” budzi wątpliwości, ponieważ jako materiały do projektowania mogą być rozpatrywane papier, ołówek etc. nie natomiast przygotowywane indywidualnie przez ekspertów z dużym zakresem odpowiedzialności specjalistyczne opracowania. Ponadto, określenie tych materiałów jako: „geologia, geodezja itp.”, budzi ponownie wątpliwości, czy Wykonawca zdaje sobie sprawę z dużego zakresu prac potrzebnych do opracowania w fazie przedprojektowej, czy też celowo wprowadził Zamawiającego w błąd. Powyższe prowadzi do wniosku, że Wykonawca w swojej ofercie nie uwzględnił całości opracowań koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia i tym samym jego oferta nie jest zgodna SIWZ. Poddając analizie dostarczone dane nie widzimy w żaden sposób, że Wykonawca przewidział w swoje ofercie wykonanie chociażby takich prac jak inwentaryzacji drzewostanu (do 2000 szt. drzew), co jest w miarę prostym, ale czasochłonnym zajęciem (biorąc pod uwagę wielkość kosztów własnych w czasie inwentaryzacji nie prowadzonoby prac projektowych), nie wskazano nigdzie zasobów dla przygotowania dokumentacji hydrogeologicznej, która podobnie jak dokumentacja geotechniczna nie jest zakupem materiałów, ale indywidualnym opracowaniem o skomplikowanym charakterze. Podobnie z uzyskaniem pozwolenia na emisję zanieczyszczeń do powietrza (wraz z opracowaniem dla niej załącznika rozprzestrzeniania się zanieczyszczeń -modelowaniem). Ponadto, zupełnie nie uwzględniono kosztów związanych z prowadzeniem projektu, opłatami administracyjnymi związanymi z koniecznością dokonywania uzgodnień, prowadzenia postępowań administracyjnych etc. Biorąc pod uwagę złożoność inwestycji same opłaty administracyjne związane z uzgodnieniem dokumentacji z ZUD, urzędami i gestorami sieci etc. szacunkowo wyniosą co najmniej 5-6 tysięcy złotych (ponownie biorąc pod uwagę kalkulację dla kosztów własnych rozumiemy, że konieczność ich pokrycia eliminuje cały personel pomocniczy w jednym miesiącu) - są to koszty, których pokrycia nie da się uniknąć i w żaden sposób ich wysokość nie jest uzależniona od operatywności Wykonawcy. Ponadto, nawet samo wydanie pozwolenia na budowę jako decyzji administracyjnej może kosztować nawet kilka do kilkunastu tysięcy złotych. Brak przewidzianych kosztów usług rzeczoznawców (BHP, p.poż.), którzy nie są projektantami i ewidentnie nie są też personelem pomocniczym, a bez których nie jest możliwe prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia (konieczność ich pokrycia ponownie wyeliminowałaby cały personel pomocniczy w jednym miesiącu). W tym aspekcie brak środków na podróże służbowe związane z realizacją projektu, kosztów delegacji etc. nie wydaje się najistotniejszy, niemniej jednak, biorąc pod uwagę bardzo mały zasób środków na „koszty własne” mogłyby zapewne dalej eliminować wsparcie dla 1/3 czy

też 1/4 projektanta. Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż Wykonawca nie ujął w swojej ofercie wszystkich opracowań koniecznych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i tym samym nie spełnia wymagań SIWZ określonych przez Zamawiającego. Według pkt X.1 SIWZ: "Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu Umowy." W wyjaśnieniu zaś nie przedstawił też zgodnie z wymaganiami art. 90 ust. 3 ustawy i wezwania Zamawiającego informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ani żadnych dowodów. To właśnie Wykonawca zobowiązany jest do wykazania prawidłowości w zakresie kalkulacji ceny oferty, w szczególności jeśli odbiega ona w sposób tak istotny od cen innych ofert i szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego. Przy czym wskazać należy, iż zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie jest wystarczające podanie ogólnikowych stwierdzeń dotyczących tych elementów (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2012 r. KIO 44/12). Zaistnienie przesłanki zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) oznacza, że w odniesieniu do oferty, której to dotyczy, powstaje domniemanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a obalenie tego domniemania jest czynnością leżącą po stronie wykonawcy, którego obciąża w tym zakresie przedstawienie wyjaśnień popartych dowodami (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2011 r. KIO 2624/11). Wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr. 113, poz. 759 ze zm.) ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1568/11). Jasno zatem z przedstawionych wyjaśnień wynika, iż Wykonawca nie jest w stanie zrealizować usługi zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i z ceny ofertowej opłacić personelu w pełnym wymaganym zakresie. Należy zatem uznać, iż mamy tu do czynienia z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. pkt 2 ustawy

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem wniesionego w 25 lutego 2013 roku odwołania a także Izba ustaliła, że została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Izba wskazuje, że niezasadne jest twierdzenie Zamawiającego zawarte w piśmie złożonym na posiedzeniu, że Odwołujący nie posiada interesu w złożeniu odwołania, bowiem kwota jaką przeznaczył na realizację zamówienia Zamawiający jest niższa, niż zaoferowana przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu. Izba uwzględniła również stanowiska Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w złożonych na posiedzeniu pismach. Zamawiający pismem z 11 marca 2013 roku (1 luty 2013 - prezentata na piśmie) złożył *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Uczestnik postępowania odwoławczego pismem z 11 marca 2013 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów* oraz art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący odniósł się do naruszenia powyżej wskazanych przepisów ustawy przez wskazanie art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy w zw. z art. 5 i art. 54 ustawy Prawo spółdzielcze, które w ocenie Odwołującego stanowią podstawę prawną dla oceny oferty Przedsiębiorstwa Spółdzielczego BUDOPROJEKT w Katowicach i uznania jej za nieważną.

Odwołujący wskazał, że na stronie pierwszej dokumentu zatytułowanego oferta i złożonego w postępowaniu w miejscu nazwa Wykonawcy podano: Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT”, wskazano zatem inny podmiot niż ten dla którego załączono odpis aktualny z Krajowego Rejestru Sądowego, w którego treści w Dziale 1 Rubryka 1 - Dane podmiotu, w nazwie wpisane jest Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach.

Izba ustaliła, że zarówno w ofercie - formularzu oferty (zarówno w pierwotnej ofercie jak i w zmianie do oferty – formularzu oferty, która to zmiana zastąpiła pierwotnie złożoną ofertę) na pierwszej stronie w punkcie 1 wykonawca podał następujące dane: *Nazwa Wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO SPÓŁDZIELNCZE „BUDOPROJKET” adres 40-224 KATOWICE, UL. 1 MAJA 11, NIP: 634-013-29-79 REGON 000924307.* Wskazać należy, że takie informacje znajdują się również na pieczęci jaką posługuje się wykonawca. W dokumencie pochodzącym z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego, aktualnym odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego z Rejestru Przedsiębiorców w Dziale 1, Rubryka 1 – Dane Podmiotu w wierszu 3 – Nazwa widnieje nazwa: Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach, w tej samej rubryce w wierszu 2 – Numer REGON/NIP

zostały podane następujące numery: REGON 000924307, NPI: 6340132979. Natomiast w Rubryce 2 – Siedziba i adres podmiotu, w wierszu 2 – Adres widnieje następujący adres: ul. 1 Maja nr 11, lok---, miejsc. KATOWIECE, kod 40-224, poczta KATOWICE, kraj POLSKA.

Uczestnik postępowania odwoławczego do pisma złożonego na rozprawie załączył wyciąg ze Statutu Przedsiębiorstwa Spółdzielczego „BUDOPROJEKT” w Katowicach gdzie w § 1 pkt 1 widnieje, że: *Spółdzielnia nosi nazwę: Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” zwane dalej „Spółdzielnią”* natomiast w punkcie 2: *Siedzibą Spółdzielni jest miasto Katowice.* Faktem jest, że w złożonych dokumentach, w części widnieje nazwa Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” (w nazwie podmiotu kierującego zapytanie) – w informacji z Krajowego Rejestru Karnego z 20 listopada 2012 r. tj. Zapytaniu o udzielenie informacji o osobie (dla trzech osób) złożone na stronach 27-29 oferty; w potwierdzeniu dokonania przelewu wadium; w zaświadczeniu o niezaleganiu w opłacaniu składek z 12 listopada 2012 r. wydanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie oraz w *Polisie Nr 998-A-193053 dla PRZEDSIĘBIORSTWO SPÓŁDZIELCZE BUDOPROJEKT*, oraz w zmianie do oferty w formularzu oferty. W dokumentach zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawione przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w Katowicach z dnia 25 października 2012 r. oraz informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 20 listopada 2012 r. dotyczącego podmiotu zbiorowego podano nazwę Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach.

W ocenie Izby posłużyć się w ofercie - formularzu oferty (zarówno w pierwotnej ofercie jak i w zmianie do oferty – formularzu oferty, która to zmiana zastąpiła pierwotnie złożoną ofertę) nazwą Przedsiębiorstwa Spółdzielczego „BUDOPROJEKT” z jednoczesnym podaniem pełnego adresu oraz danych dotyczących numerów REGON i NIP nie uniemożliwia jednoznacznej identyfikacji podmiotu, który złożył ofertę w postępowaniu a na co wskazuje Odwołujący. Nie można zgodzić tym samym z Odwołującym, że Przedsiębiorstwa Spółdzielczego „BUDOPROJEKT” w Katowicach jest innym podmiotem od Przedsiębiorstwa Spółdzielczego „BUDOPROJEKT”, co więcej należy zaznaczyć, że Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że są to dwa różne przedsiębiorstwa. Tym samym, nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że oferta nie została złożona przez ten podmiot w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonując analizy oferty, jej badania należy brać pod uwagę całość oferty, wszystkie zawarte w niej informacje, które pozwalają na dokonanie oceny dokumentów, na dokonanie oceny czynności wykonawcy składającego

ofertę. W świetle przepisów pozytywnego prawa polskiego rozstrzygające znaczenie dla dokonania czynności prawnych ma oświadczenie woli zobiektywizowane powszechnym znaczeniem użytych dla jego wyrażenia znaków i uwzględnieniem sposobu jego rozumienia przez adresata (Komentarz do Kodeksu cywilnego, Stanisław Dmowski, Stanisława Rudnicki, Wydanie 9). Odnosząc się do argumentacji Odwołującego wskazać należy, że regulacja art. 60 Kodeksu cywilnego mówi o sposobie wyrażenia woli, która ma wywołać skutki prawne bowiem tylko takie oświadczenie jest treścią czynności prawnej. Wykonawca, wyraził swoją wolę, złożył oświadczenie w sposób zgodny z art. 9 ustawy czyli pisemnie. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego składu 7 sędziów z 17 września 1992 roku (sygn. akt III CZP 83/92) treść czynności prawnej i zamiar stron powinny być ustalone i tłumaczone według zasad określonych w art. 65 kodeksu cywilnego. Należy odnieść się do tego jak strony faktycznie zrozumiały złożone oświadczenie woli. Oferta w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego zostaje złożona w celu uzyskania zamówienia, w rozpoznawanym przypadku Zamawiający (będący adresatem), uwzględniając w całości oświadczenie a nie odnosząc się do niego wybiórczo, nie miał wątpliwości jaki podmiot złożył mu ofertę. W uzasadnieniu uchwały składu 7 sędziów Sadu Najwyższego z 29 czerwca 1995 roku (sygn. akt III CZP 66/95) czytamy: w pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się, mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami. Oznacza to, że uznaje się wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. W rozpoznawanej sprawie niewątpliwie, uwzględniając całość oferty oraz wszystkie złożone dokumenty i zawarte w nich informacje, oferta została złożona przez Przedsiębiorstwo Spółdzielcze „BUDOPROJEKT” w Katowicach.

Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że bezpośrednio nad podpisami osób uprawnionych do złożenia oświadczeń w imieniu Spółdzielni ma znajdować się nazwa spółdzielni. Zgodnie ze sposobem reprezentacji wskazanym w aktualnym odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego z Rejestru Przedsiębiorców w Dziale 2, Rubryka 1 Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu, wierszu 2 – Sposób reprezentacji podmiotu zostało określone, że: *oświadczenia woli za spółdzielnię składają dwaj członkowie zarządu w ten sposób, że pod nazwą spółdzielni osoby te zamieszczają swoje podpisy*. Sposób reprezentacji ujawniony w Krajowym Rejestrze Sądowym jest zgodny z art. 54 ust. 1 i 2 ustawy Prawo Spółdzielcze. W rozpoznawanej sprawie, na pierwszej stronie formularza oferty została podana nazwa wykonawcy (nazwa spółdzielni wraz z adresem, numerem NIP i RGON), każdy z kolejnych dokumentów stanowił załącznik do tego formularza oferty tym

samym złożone na każdej kolejnej stronie podpisy przez osoby uprawnione o reprezentacji spółdzielni zostały złożone pod nazwą tej spółdzielni. Dodatkowo na każdej stronie znajduje się pieczęć z nazwą spółdzielni. Z przepisów nie wynika, w jakim miejscu tzn. czy bezpośrednio nad podpisem uprawnionego czy wcześniej ma znajdować się nazwa spółdzielni, z przepisu ustawy Prawo Spółdzielcze oraz sposobu reprezentacji wynika jedynie, że podpisy osób uprawnionych mają znajdować się pod nazwą spółdzielni. W piśmie z 10 stycznia 2013 roku, na pierwszej stronie pisma znajduje się nazwa tożsama z tą podaną w ofercie wykonawcy oraz pozostałe dane a pod pismem na czwartej stronie zamieszczone zostały podpisy osób uprawnionych, natomiast każdy z dołączonych do pisma dokumentów został podpisany w ten sposób, że pod pieczęcią z nazwą spółdzielni zostały złożone podpisy osób uprawnionych do reprezentacji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z ustawą z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego z uwagi na brak własnoręcznego podpisu a użycie odcisku pieczęci imiennej* - Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na zaniechanie wykluczenia z postępowania uczestnika postępowania odwoławczego* Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że w uczestnik postępowania odwoławczego w ofercie złożył oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 3 do SIWZ (strona 6-8 oferty) podpisany 23 listopada 2013 roku oraz Wykaz wykonanych usług zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 4 do SIWZ (strona 9 i 10 oferty) – oba załączniki były podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji spółdzielni. Zamawiający pismem z 18 grudnia 2013 roku zwrócił się do uczestnika postępowania odwoławczego o uzupełnienie między innymi tych załączników z uwagi na to, że: załącznik nr 3 do SIWZ – „na stronie nr 2 brak jest pieczęci Spółdzielni, a zgodnie ze sposobem reprezentacji określonym w KRS-ie: „Oświadczenia woli za spółdzielnię składają dwaj członkowie zarządu ten sposób, że pod nazwą spółdzielni osoby te zamieszczają swoje podpisy”.” a załącznik nr 4 do SIWZ – „na

złożonym dokumencie na stronie 1 brak jest pieczęci Spółdzielni, a zgodnie ze sposobem reprezentacji określonym w KRS-ie: „Oświadczenia woli za spółdzielnię składają dwaj członkowie zarządu ten sposób, że pod nazwą spółdzielni osoby te zamieszczają swoje podpisy”. W treści pisma z 18 grudnia 2013 roku Zamawiający wskazał, że uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert tj. 3 grudnia 2012 roku.

W ocenie Izby, Odwołujący, w złożonych na wezwanie Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2013 roku dokumentach w sposób wystarczający wykazał okoliczność, o której mowa w art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy. Zarzut Odwołującego w zasadzie sprowadza się do tego, że w dokumenty złożone na wezwanie Zamawiającego wykonawca sporządził, podpisał z datą 10 stycznia 2013 roku i z tego Odwołujący wywodzi, że dokumenty te nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Należy wskazać, że Odwołujący nie oparł argumentacji na całości okoliczności mających wpływa na ocenę złożonych dokumentów a jedynie uzasadniał, że data na dokumencie stanowi o nie spełnieniu warunku na dzień składania ofert, co z kolei prowadzi do wniosku, że data zamieszczona w tych dokumentach powinna być datą najpóźniej z dnia składania ofert. Izba wskazuje, że Zamawiający zwracając się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów, w piśmie, zastrzegł, że warunki mają być spełnione w dacie składania ofert, tym samym należy przyjąć, że wykonawca uzupełniając dokumenty w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie powyższe potwierdził. Niewątpliwie ma znaczenie również zakres wezwania do uzupełnienia dokumentów, czyli faktyczne podstawa wezwania. Zamawiający bowiem odniósł się do braku pieczęci spółdzielni na konkretnie wymienionych stronach dokumentów. Nie bez znaczenia pozostaje w rozpoznawanej sprawie, dla oceny tego zarzutu, rozpoznanie pierwszego z zarzutów tego odwołania. Dokumenty do uzupełnienia których wzywał Zamawiający stanowiły załączniki do formularza oferty, w którym na pierwszej stronie znajdowała się nazwa spółdzielni, tym samym wszystkie podpisy zostały złożone pod nazwą spółdzielni. Wykonawca w piśmie z 10 stycznia 2013 roku zaznaczył również, że złożył dokumenty, w których zgodnie z wezwaniem poprawiono błędy oraz, że w pełni spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie naruszył wskazanego w odwołaniu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.*

W zakresie zarzutów rażąco niskiej ceny w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego tj. naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, art. 90 ust. 3 - *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* Izba uznała ww. zarzuty za niezasadne.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera *rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż *„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”*. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”* (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). *„Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). *„Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów

rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”*. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukształtował tylko jedno kryterium oceny ofert – kryterium ceny (100%). Jedynie oferowane w postępowaniu ceny stanowią element konkurencji pomiędzy wykonawcami składającymi oferty, natomiast przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i każdy z wykonawców składających oferty zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (formularz oferty). Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym

objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający oszacował wartość zamówienia (zgodnie z protokołem ZP) w dniu 10 października 2012 roku na kwotę netto: 1 200 000,00 zł.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia złożonych zostało dziewięć ofert z czego siedem ofert zostało odrzuconych. Wykonawca odwołujący Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaoferował cenę – 1 500 600,00 zł brutto. Oferta Przedsiębiorstwa Spółdzielczego „BUDOPROJEKT” w Katowicach – 498 150,00 zł brutto. Podać należy, że te dwie oferty, które pozostały w postępowaniu stanowiły oferty z jedną z dwóch zawierających najwyższą i najniższą ceną, oferty znajdujące się, w zakresie ceny, pomiędzy cenami wyżej wymienionych wykonawców oraz oferta z ceną najwyższą zostały odrzucone.

Zamawiający indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziął wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno Zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne czynniki, tak więc odnoszenie ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn akt; KIO/UZP 691/08). Zamawiający jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podejmuje decyzję o wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający wzywając Spółdzielnię do złożenia wyjaśnień zrealizował swoje uprawnienie a zarazem obowiązek należytego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała czynność Zamawiającego, tj. oceny oferty oraz wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny złożonych przez Spółdzielnię za prawidłową, tym samym nie zaistniały przesłanki z art. 90 ust. 3 ustawy.

Spółdzielnia pismem z 10 stycznia 2013 roku złożyła wyjaśnienia, zgodnie z punktem 4 tego pisma wyjaśnił elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, co wprost odpowiada również wezwaniu Zamawiającego z 18 grudnia 2012 roku, gdzie na stronie czwartej pisma Zamawiający podał, „w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa Państwa do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.”

Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, iż określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08) dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Cena zaoferowana przez Spółdzielnię, na co wskazują wyjaśnienia tego wykonawcy a potwierdzone w wyjaśnieniach złożonych ustnie na rozprawie oraz jeszcze raz przedstawionych w piśmie uczestnika postępowania odwoławczego potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną od realiów rynkowych. Z dokumentów przedstawionych przez Spółdzielnię wynika, że zaoferowana przez tego wykonawcę w przetargu cena zapewnia odpowiednie pokrycie kosztów oraz zysk. W wyjaśnieniach Spółdzielni z 10 stycznia 2013 roku Spółdzielnia między innymi wskazała, że przy ustaleniu ceny oferty wzięto pod uwagę takie elementy jak znajomość uwarunkowań dotyczących MPL „Katowice” w Pyrzowicach wynikającą z opracowanych dla tego lotniska projektów a szczególności Hangaru technicznego, rozbudowy Terminala A i rozbudowy bagażowni jak również z obecnie realizowanych opracowań projektowych tj.: koncepcji zagospodarowania terenów powojkowych położonych we wschodniej części MPL (rejonu bazy Cargo), dokumentacji projektowej budowy nowego terminala przylotowego, dokumentacji projektowej przebudowy tref przedodlotowych Terminali A i B. Znajomość uwarunkowań wskazanych powyżej przekłada się bezpośrednio na pracochłonność i czasochłonność prac projektowych w zadaniu stanowiącym przedmiot zamówienia. Spółdzielnia posiada również doświadczenie w projektowaniu obiektów porównywalnych z przedmiotem zamówienia w zakresie wielkości obiektu jak i rozwiązań technicznych. Do elementów ceny Spółdzielnia również podała termin wykonania zamówienia, wielkość oraz skład zespołu projektowego i jego wynagrodzenie, koszty biura, koszty zakupów do projektowania, koszty nadzorów autorskich. W kosztach własnych Spółdzielnia wykazała średniomiesięczną część wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotu oferty odpowiednio dla projektanta (2 500,00 /1 miesiąc) i dla personelu pomocniczego (1 000,00 /1 miesiąc), jednocześnie zaznaczając, że jest to część wynagrodzenia, bowiem jednocześnie wykonywane są inne usługi. Koszt biura stanowi 50 %, sprawdzanie projektów to kwota 10 000 zł a zysk został ustalony na poziomie 8 %. Dodatkowo, koszty zakupu materiałów do projektowania zostały ustalone na 32 620 zł netto a nadzór autorski wyceniony został

w kwocie ryczałtowej 500 zł netto stawka jednostkowa. Dla porównania w piśmie podano, że dotychczas pełnione nadzory autorskie u Zamawiającego przez Spółdzielnię wycenione były w stawkach jednostkowych na 300 zł netto – nadzór nad realizacją budowy nowego hangaru technicznego oraz 440 zł netto – nadzór nad realizacją Rozbudowy Terminala. Wszystkie te elementy w sumie dają kwotę 405 000,00 zł netto plus podatek VAT co daje kwotę 498 150,00 zł. Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą w szczególności kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą się do nich odwoływać wyjaśniając ceny zawarte w ofertach. Spółdzielnia w złożonych wyjaśnieniach wskazała te elementy oferty, które były podstawą wykreowania zaoferowanej w ofercie ceny oraz odwołała się do czynników jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty.

Na podstawie powyżej opisanych wyjaśnień, Zamawiający uznał, że oferta Spółdzielni nie zawiera rażąco niskiej ceny, co w ocenie Izby było działaniem prawidłowym, natomiast Odwołujący nie wykazał, że cena ta jest nierealna. Po pierwsze - wskazać należy, że uczestnik postępowania odwoławczego na rozprawie wyjaśnił, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w odwołaniu dotyczący elementów projektowania został przejęty przez Odwołującego z SIWZ, którą Zamawiający przygotował w sposób szczegółowy i jednocześnie wyjaśnił, że jeżeli się ma doświadczenie w projektowaniu, to jest to procedura standardowa dla wykonania projektu. Odwołujący nie kwestionował tego stanowiska Spółdzielni. Po wtóre - nie kwestionowane było przez Odwołującego posiadane doświadczenie w świadczeniu przez Spółdzielnię usług na rzecz Zamawiającego a co za tym idzie znajomość obowiązujących u Zamawiającego wszelakich procedur, regulacji prawnych oraz znajomość struktury Zamawiającego co w konsekwencji, w wyniku doświadczenia, przekłada się również na znajomość ponoszonych kosztów jakie mogą być niezbędne do poniesienia w trakcie realizacji zamówienia. Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił dodatkowo, że w zakresie materiałów do projektowania są trzy istotne elementy, które generują koszty, a są to: badania geologiczne, wykonanie dokumentacji geotechnicznej; mapa do celów projektowych; operat wodno-prawny a na okoliczność wykazania realności cen tych materiałów, Spółdzielnia do pisma złożonego na posiedzeniu dołączyła faktury VAT za świadczone usługi, jednocześnie wskazując, że pozostałe materiały są to materiały o niższym koszcie uzyskania czyli mieszczą się kosztach biura, inwentaryzację robi siłami

własnymi i stanowi ona składnik wynagrodzeń. Tak przedstawione stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego potwierdziło w całej rozciągłości wyjaśnienia zawarte w piśmie z 10 stycznia 2013 roku. Po trzecie - ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejś z ofert. Odnoszenie się, dokonując kwalifikacji oferty jako oferty z rażąco niską ceną, do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi obiektywnie właściwego kryterium, co w przedmiotowej sprawie jest bardzo dobrze widoczne bowiem oferta Spółdzielni została złożona z ceną najniższą, natomiast oferta Odwołującego z ceną prawie najwyższą (cenowo druga z najdroższych) ale pomiędzy tymi ofertami (tzn. cenowo określone) zostało złożonych jeszcze sześć (6) innych ofert, których ceny oscylowały zarówno w stronę cen Spółdzielni jak i w stronę Odwołującego. Nie istnieje też, i nie można go wywieść na żadnej podstawie jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku).

Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą w szczególności kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą się do nich odwoływać wyjaśniając ceny zawarte w ofertach. PKP CARGO S.A w złożonych wyjaśnieniach wskazał te elementy oferty, które były podstawą wykreowania zaoferowanej w ofercie ceny oraz odwołał się do czynników jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania

odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta przez Spółdzielnię zawiera rażąco niską cenę powinien był tego dowieść. Argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie potwierdziła słuszność decyzji Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał również, jakich koniecznych opracowań uczestnik postępowania nie ujął w swojej ofercie, tym samym nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ustawy Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz art. 7 ust. 3 ustawy –

Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jakie to naruszenie wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: