

WYROK

z dnia 26 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jerzy Bar, Jarosław Gajek, Wiesław Strzałkowski prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji „INWESTOR” s.c. 41-310, Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2, Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „INWESTPROJEKT – ŚLĄSK” 40-096 Katowice, ul. 3-go Maja 18, Zakład Robót i Usług Specjalistycznych „ZRUS” Sp. z o.o. Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 10, Dom Inżynierki „PROMIS” S.A. 70-233 Szczecin ul. Stoisława 2

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Gmina Dąbrowa Górnicza ul. Graniczna 21, 41-310 Dąbrowa Górnicza

protestu z dnia 11 września 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DHV POLSKA Sp. z o.o. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41, EGIS Poland Sp. z o.o. 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182, MGGP**

S.A. 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Dąbrowa Górnicza ul. Graniczna 21, 41-310 Dąbrowa Górnicza i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jerzy Bar, Jarosław Gajek, Wiesław Strzałkowski** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji „INWESTOR” s.c. 41-310, Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2, Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „INWESTPROJEKT – ŚLĄSK” 40-096 Katowice, ul. 3-go Maja 18, Zakład Robót i Usług Specjalistycznych „ZRUS” Sp. z o.o. Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 10, Dom Inżynierki „PROMIS” S.A. 70-233 Szczecin ul. Stoisława 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Dąbrowa Górnicza ul. Graniczna 21, 41-310 Dąbrowa Górnicza** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jerzy Bar, Jarosław Gajek, Wiesław Strzałkowski** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji „INWESTOR” s.c. 41-310, Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2, Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „INWESTPROJEKT – ŚLĄSK” 40-096 Katowice, ul. 3-go Maja 18, Zakład Robót i Usług Specjalistycznych „ZRUS” Sp. z o.o. Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 10, Dom Inżynierki „PROMIS” S.A. 70-233**

Szczecin ul. Stoislawa 2 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jerzy Bar, Jarosław Gajek, Wiesław Strzałkowski prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji „INWESTOR” s.c. 41-310, Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2, Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „INWESTPROJEKT – ŚLĄSK” 40-096 Katowice, ul. 3-go Maja 18, Zakład Robót i Usług Specjalistycznych „ZRUS” Sp. z o.o. Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 10, Dom Inżynierki „PROMIS” S.A. 70-233 Szczecin ul. Stoislawa 2.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na pełnienie roli Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn.: Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w gminie Dąbrowa Górnicza – etap I*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 marca 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 48-070081. Zgodnie z punktem 2. protokołu postępowania (druk ZP-1) Zamawiający określił wartość zamówienia na 15 – 26 mln złotych, czyli 3 – 5% wartości robót budowlanych mających być przedmiotem nadzoru.

W postępowaniu złożono 5 ofert z cenami brutto: 4.392.000 zł (oferta Odwołującego), 5.856.000 zł (oferta Przystępującego), 7.124.800 zł, 7.980.020 zł i 8.538.780 zł.

24 sierpnia 2009 r. Zamawiający pismem JRP.IR.-7037-15-56/09 wezwał Odwołującego, w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających

wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta ta zawiera cenę rażąco niską. Wyjaśnienia takie zostały złożone w wyznaczonym terminie, pismem z 26 sierpnia 2009 r. nr 185/2009, w którym Odwołujący wskazał na:

1. stosowanie systemu zarządzania jakością wg EN ISO 9001:2000, dzięki któremu mógł obniżyć poziom kosztów ogólnych organizacji firmy przy podniesieniu jakości usług pozwalających na bezusterkowe realizacje inwestycji, co redukuje koszty w okresach gwarancyjnych/zgłaszania wad,
2. niższe koszty pracy wynikłe z udziału w zespole realizującym współwłaścicieli lidera konsorcjum,
3. dysponowanie lokalami biurowymi w sąsiedztwie lub niedalekiej odległości od placu budowy, a także zamieszkałą w pobliżu kadra, co zwiększając dyspozycyjność, zmniejsza koszty o dojazd, poza tym powoduje znajomość terenu i doświadczenie na terenie zamawiającej gminy,
4. zmniejszenie ilości personelu w zakresie zarządzania, raportowania, weryfikacji i aktualizacji harmonogramów finansowo-rzeczowych, monitorowania i kontroli postępu wykonywania kontraktów poprzez opracowanie i wdrożenie oprogramowania z tych zakresów,
5. umiarkowane wynagrodzenie pracowników uwzględniające realia rynku,
6. wyniki finansowe konsorcjantów pozwalające im na przyjęcie umiarkowanego zysku.

Dodatkowo Odwołujący załączył „Elementy szczegółowe ceny oferty” określające poziom kosztów osobowych (zespołu specjalistów oraz pracowników techniczno-ekonomicznych, konsultantów i rzeczoznawców) obsługę okresu zgłaszania wad, koszty ogólne w wysokości 15%, zysk 300.000 zł oraz rezerwę na koszty inne i nieprzewidziane.

4 września 2009 r. Odwołujący otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że udzielone wyjaśnienia pozwalają mu na ocenę obliczeń dotyczących ceny i stwierdzenie, czy Odwołujący jest w stanie wykonać zamówienie. Wyjaśnił też, że ze względu na brak konkretnych przepisów określających sposób matematycznego wyliczenia ceny rażąco niskiej, przyjął, że oferty, które

zawierają cenę niższą niż 70% ceny średniej wyliczonej poprzez odrzucenie ceny najniższej i najwyższej, będą uznane za zawierające rażąco niską cenę. Cena Odwołującego stanowi 63% średniej ceny wszystkich ofert, co wskazuje na niebezpieczne zaniżenie ceny ofertowej, a tym samym Zamawiający uznał cenę za rażąco niską i odrzucił ofertę.

Na tę czynność 11 września 2009 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 18 września 2009 r. podtrzymując swoje stanowisko dodając, że wynagrodzenie zespołu realizującego usługę jest za niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdzie wymagana jest m.in. stała obecność co najmniej 7 ekspertów przez okres 5 lat.

Od tego rozstrzygnięcia 25 września 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu, iż dokonując czynności odrzucenia jego oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego naruszył art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał m.in. iż wykazał możliwość wykonania zamówienia za zaproponowaną cenę, odnoszącą do przedmiotu zamówienia, a przedłożone wyjaśnienia nie uzasadniają negatywnej oceny możliwości wykonania przez niego przedmiotowego zamówienia. By oferta wykonawcy mogła być odrzucona, Zamawiający w toku badania i oceny ofert musi wykazać, że wykonawca zaniżył cenę poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia lub zakupu towarów bądź usług, by w ten sposób móc wyeliminować innych oferentów. Zwrócił także uwagę na niedopuszczalność stosowania arytmetycznego kryterium i automatycznego odrzucania oferty poniżej pewnego poziomu lub wyliczenia opartego o analizę statystyczną i przywołał orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-103/88, Constanzo, zgodnie z którym niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej

pewnego poziomu. Ponadto wybrany wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przyjął niższe stawki wynagrodzenia personelu, które nie budzą wątpliwości Zamawiającego. Hipotetyczny zarzut Zamawiającego o braku dyspozycyjności pracowników Odwołującego jest naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy Zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert podał cenę, a specjalistów zaakceptował na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może w ocenie ofert stosować niejako ukrytego dodatkowego kryterium, którego nie przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron oraz Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Co prawda brak ustawowej definicji ceny rażąco niskiej, jednak w orzecznictwie i piśmiennictwie wykształcił się pogląd, że ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją tego zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych.

Jednak obserwując w ostatnich miesiącach owe „realia rynkowe” poprzez ceny ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, m.in. tych, co do których spory rozstrzygane były w Izbie, Izba stwierdziła, iż po trwającym w ostatnich latach okresie prosperity w zakresie m.in. usług na pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych, nastąpiła korekta rynku, ceny uległy obniżeniu, a przy tym żądane wynagrodzenia poszczególnych wykonawców są tak rozbieżne pomiędzy sobą, a także w stosunku do oszacowanej przez zamawiających wartości zamówienia, że obecnie trudno ustalić, jaka cena jest właśnie tą ceną wiarygodną i prawidłową, a która nie pozwala na realizację zamówienia bez strat. Tym bardziej, że przedmiotowe usługi są usługami intelektualnymi, niematerialnymi, a ich koszt zależy w dużej mierze od subiektywnej wyceny wartości pracy poszczególnych osób. Natomiast w odniesieniu do wartości

szacunkowej, sam Zamawiający przyznał, iż jest ona nieadekwatna do cen złożonych ofert i nie brał jej pod uwagę przy ocenie poziomu cen ofert.

Jak stwierdziła Izba, na podstawie wyjaśnień Zamawiającego złożonych podczas rozprawy, jego obawy dotyczące ceny oferty Odwołującego związane są z tym, że w ciągu kolejnych lat wysokość wynagrodzenia personelu może w znacznym stopniu wzrosnąć, na co Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, nie przewidział w cenie oferty wystarczającej kwoty. Jednak, jakkolwiek zrozumiałe są obawy Zamawiającego i jego dążenie do zapewnienia ciągłości realizacji kontraktu, należy zwrócić uwagę, że potencjalny, przyszły wzrost wynagrodzenia o niewiadomą kwotę nie powinien być przyczyną odrzucenia oferty „na wszelki wypadek”, gdyż może się ona okazać za niska w przyszłości, lecz raczej powodem zawarcia w umowie odpowiednich klauzul waloryzacyjnych.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....