

Sygn. akt KIO 677/10

WYROK

z dnia 7 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tractebel Engineering Spółka Akcyjna, 40-833 Katowice, ul. Dulęby 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-178 Przyszowice, ul. K. Miarki 1** protestu z dnia 19 marca 2010 roku

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Tractebel Engineering Spółkę Akcyjną, 40-833 Katowice, ul. Dulęby 5 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery

złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Tractebel Engineering Spółkę Akcyjną, 40-833 Katowice, ul. Dulęby 5**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Tractebel Engineering Spółka Akcyjna, 40-833 Katowice, ul. Dulęby 5** na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;

- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych pięćset pięćdziesiąt sześć groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tractebel Engineering Spółki Akcyjnej, 40-833 Katowice, ul. Dulęby 5**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 44-178 Przyszowice, ul. K. Miarki 1 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę: Inżynier kontraktu dla projektu „Kanalizacja sanitarna wraz z oczyszczalnią ścieków w Gminie Gierałtowie” Nr zamówienia: JRP/ZP-PNP/ZT/IK/01/02.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2010 roku wykonawca Tractebel Engineering Spółka Akcyjna, 40-833 Katowice, ul. Dulęby 5 wniósł protest na czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty protestującego i wyborze oferty Raciborskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego sp. z o.o., ul. Lecznicza 7, 47-400 Racibórz jako najkorzystniejszej i zażądał

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty protestującego
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty Raciborskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego sp. z o.o., ul. Lecznicza 7, 47-400 Racibórz jako najkorzystniejszej
- 3) dokonania ponownej oceny ofert przy uwzględnieniu oferty protestującego
- 4) wyboru oferty protestującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniósł, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe zastosowanie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Pismem z dn. 15.03.2010 r. zamawiający poinformował protestującego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a protestujący, zdaniem zamawiającego, nie złożył stosownych wyjaśnień.

Do złożenia wyjaśnień, w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający wezwał protestującego pismem z dn. 18.02.2010 r.

Protestujący pismem z dnia 22.02.2010r. złożył wyjaśnienia jakie czynniki miały wpływ na cenę ofertową i ile wynoszą poszczególne koszty realizacji zamówienia (koszty osobowe, koszty biura terenowego). W piśmie protestujący podał, że

przewidział pełne i częściowe zaangażowanie wymienionych specjalistów, co jest zgodne z SIWZ. Wyjaśnił, że na poziom ceny ofertowej ma wpływ bliskość miejsca zamieszkania specjalistów, co umożliwia obniżenie kosztów z tytułu dojazdów i delegacji. Wskazał także na możliwość odliczenia VAT-u oraz brak obciążeń z tytułu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych związanych z zatrudnianiem pracowników na podstawie kontraktów. Opisał sposób uwzględnienia ryzyk, które w przypadku zmaterializowania pomniejszają zysk. W SIWZ zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy dokonywali kalkulacji kosztów w określony sposób pozostawiając im w tym zakresie całkowitą swobodę, a w projekcie umowy wynagrodzenie określił jako ryczałtowe. W związku z tym kalkulacja protestującego oparta została na założeniach ryczałtowych, a nie godzinowych w odniesieniu do osób zaangażowanych w realizację projektu.

Zamawiający w rozstrzygnięciu o odrzuceniu oferty protestującego uznał, że protestujący *„(..)nie złożył żądanych wyjaśnień ani tym bardziej nie poparł ich jakimikolwiek dowodami. Nie stanowi takich wyjaśnień pismo Wykonawcy z dn. 22.02.2010 r., gdyż nie zawiera danych obrazujących zakładany przez Wykonawcę rozmiar prac (np. zakładaną liczbę osobodni pracy poszczególnych ekspertów) ani poziom stawek.”*

Ponadto zamawiający nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, że cena zaoferowana przez Protestującego jest „rażąco niska”, tj. nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia.

Protestujący podniósł, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Treść oferty protestującego odpowiada wymogom i treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zawiera najniższą cenę. Zamawiający błędnie odrzucił ofertę Protestującego, co umożliwiło wybór oferty Raciborskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego sp. z o.o., ul. Lecznicza 7, 47-400 Racibórz. Cena wybranej oferty przewyższa cenę oferowaną przez protestującego. Wybrana oferta nie może więc zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający oddalił protest wykonawcy. W uzasadnieniu podniósł, że wykonawca nie złożył żądanych wyjaśnień ani tym bardziej nie poparł ich jakimikolwiek dowodami. Nie stanowi takich wyjaśnień pismo wykonawcy z 22.02.2010 r., gdyż nie zawiera danych obrazujących zakładany przez Wykonawcę rozmiar prac (np. zakładaną liczbę osobodni pracy poszczególnych ekspertów) ani poziomu stawek.

Ponadto stwierdził, iż :

- 1) Protestujący założył, że tylko niektórzy ze specjalistów zatrudnionych przy realizacji projektu będą zaangażowani na pełen etat (lider zespołu, inspektor nadzoru z branży instalacyjnej i ekspert ds. kosztorysowania i rozliczania). Pozostali eksperci mają dodatkowo wykonywać na rzecz Protestującego inne prace nie związane z przedmiotowym zamówieniem. Powyższe twierdzenie ma charakter ogólnikowy i w żaden sposób nie odnosi się do żądania zamawiającego podania liczby osobodni pracy każdego z ekspertów. Pozostali wykonawcy podali spodziewany czas pracy poszczególnych ekspertów (w miesiącach lub dniach) oraz stawki wynagrodzenia.
- 2) Protestujący podnosi, że na cenę oferty wpłynął fakt, że specjaliści mieszkają blisko miejsca realizacji zamówienia. Stwierdzenie powyższe jest na tyle ogólnikowe, że nic może być poddane jakiegokolwiek analizie.
- 3) Większość osób z wykazanego zespołu jest zatrudniona na podstawie kontraktów cywilnoprawnych, przez co protestujący nie ponosi dodatkowych kosztów m. in. związanych ubezpieczeniem społecznym i zdrowotnym. Ponadto z twierdzenia, że koszty osobowe stanowią jedynie „wartość netto na fakturze” wynika, że Protestujący będzie pomniejszał VAT należny o VAT naliczony. Argumenty te mają charakter ogólnikowy i wręcz uniwersalny - wyjaśnienie takie mógłby złożyć każdy wykonawca. Powszechnie wiadomym jest, że w branży budowlanej eksperci bardzo często zatrudniani są na podstawie umów cywilnoprawnych. Protestujący nie wskazał nawet, którzy z ekspertów będą świadczyć swoje usługi na podstawie takiej umowy. Należy tutaj przypomnieć, że pozostali wykonawcy podali stawki ekspertów, a jeden z nich dołączył umowy zawarte z ekspertami.
- 4) Jedyńm konkretnie wskazanym składnikiem ceny oferty jest koszt biura terenowego, który jednak budzi rozliczne wątpliwości (o czym więcej w pkt II).
- 5) Protestujący próbuje umiejscowić zaoferowaną przez siebie cenę wśród innych cen na rynku usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia. W tym celu posługuje się danymi dotyczącymi umowy na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla zadania „Gospodarka wodno-ściekowa w Chrzanowie”. Przedstawione porównanie jest jednak chybione, ze względu na to, że w przypadku pełnienia funkcji inżyniera kontraktu wartość kontraktu nie jest wprost proporcjonalna do długości inwestycji liniowej. Nie mamy tutaj bowiem do czynienia z robotami budowlanymi, lecz zamówieniem, gdzie głównym składnikiem kosztowym jest wynagrodzenie oraz koszty administracyjne. Oczywistym jest, że wielkość tych kosztów determinuje przede wszystkim czas trwania inwestycji. Tym samym operacja arytmetyczna polegająca na porównaniu wartości wynagrodzenia w ww. umowie, proporcjonalnie do długości budowanej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w obu inwestycjach, obarczona jest dyskwalifikującym błędem metodologicznym.
- 6) Na ocenę złożonych wyjaśnień nie może wpływać również twierdzenie o tym, że kalkulacja cenowa protestującego oparła jest na założeniach ryczałtowych. Sposób, w

jaki wykonawcy kształtują swoją politykę cenową i strukturę kosztów w obrębie przedmiotu zamówienia jest ich indywidualną sprawą i mieści się poza badaniem zamawiającego, za wyjątkiem sytuacji, w której zamawiający bada czy cena ofertowa nie jest rażąco niska.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2010 roku wykonawca Tractebel Engineering Spółka Akcyjna, 40-833 Katowice, ul. Dulęby 5 złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście, a ponadto przedstawił szczegółową kalkulację wynagradzania specjalistów, którzy wykonywać będą przedmiotowe zadanie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W trakcie prowadzonego postępowania zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przytoczonym przepisem zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia wykonawcy winny:

- 1) dać obraz zakładanego przez wykonawcę rozmiaru prac (np. zakładana liczba osobodni pracy poszczególnych ekspertów) oraz poziomu stawek;
- 2) zostać poparte stosownymi dowodami, z których będzie w sposób czytelny oraz niepodlegający wątpliwościom wynikało, iż przedstawiona w ofercie cena nie jest w sposób zamierzony zaniżona i nieadekwatna do rzeczywistej wartości zamówienia.

W dniu 22 lutego 2010 roku złożył wyjaśnienia, w których wskazał między innymi następujące elementy:

1. Zaangażowanie specjalistów:

a) przyjęto zgodnie z SIWZ zaangażowanie pełne dla specjalistów: Lider Zespołu (ekspert nr 1) oraz inspektor nadzoru w branży instalacyjnej (ekspert nr 2) i roliczeniowiec (ekspert nr 9); częściowe pozostałych specjalistów, przewidzianych do wykonywania czynności opisanych w umowie, niezbędne do prawidłowego nadzoru nad robotami;

b) w okresie zgłaszania wad dla kontraktów na roboty przyjęto zaangażowanie częściowe specjalistów przewidzianych do wykonywania czynności opisanych w umowie;

c) w trakcie trwania czynności opisanych w umowie: koszt jednego dnia pracy danego specjalisty, poza zaangażowanymi na pełen etat, na przedmiotowym projekcie nie będzie równy kosztowi dnia pracy tego specjalisty dla naszej firmy w ogóle, ponieważ do realizacji przewidziany został zespół osób, które wykonują na rzecz Tractebel-Engineering dodatkowo inne czynności nie związane wprost z przedmiotowym projektem.

2. Inne koszty:

a) bliskość miejsca zamieszkania specjalistów przewidzianych do realizacji przedmiotowego projektu, co umożliwiło obniżenie kosztów z tytułu dojazdów, delegacji itp,

b) większość osób z wykazanego zespołu jest zatrudniona na podstawie kontraktów i prowadzi własną działalność gospodarczą, więc generowany przez nich koszt stanowi jedynie wartość netto na fakturze VAT, nie ma zaś obciążeń z tytułu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych czy innych kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników etatowych.

3. Zakładany zysk: z uwagi na trudną sytuację na rynku przyjęto minimalny zysk z tytułu prowadzenia usługi na przedmiotowej realizacji.

4. Zakładane koszty całkowite projektu ze strony odwołującego się wynoszą 585 560,00 PLN, w tym koszty osobowe 547 960,00 PLN, koszt biura terenowego to 37 600,00 PLN. Przewidziano ponadto wystąpienie ryzyk opisanych w SIWZ, ewentualne ryzyko zmniejszy zysk odwołującego się. Pozostałe informacje, w tym stawki indywidualne ekspertów podlegają ochronie w ramach tajemnicy firmy i ochrony danych osobowych.

5. Jako porównanie odwołujący się przedstawił nawiązanie do zrealizowanego zlecenia: Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na zadaniu „Gospodarka wodno-ściekowa w Chrzanowie” – całkowita wartość zlecenia: ok. 2 231 000,00 PLN – zakres prac: 210 km sieci wodociągowych i kanalizacyjnych: łącznie oraz oczyszczania ścieków i zbiorniki wody – w

przeliczeniu na wielkość zadania w Gminie Gierałtowice daje kwotę ok. 890 000,00 PLN, a więc porównywalną do wyceny ofertowej odwołującego się.

Zamawiający nie uznał złożonych wyjaśnień za wystarczające. Uznał, że wyjaśnienia mają charakter zdawkowy, ogólny, wręcz uniwersalny i jako takie mogłyby być przedstawione przez każdego wykonawcę w każdym postępowaniu, którego przedmiotem jest wybór inżyniera kontraktu. Przyjęcie takich wyjaśnień oznaczałoby, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, w szczególności wobec faktu, że pozostali wykonawcy złożyli wyczerpujące i precyzyjne wyjaśnienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Redakcja przepisu pozwala na wniosek, iż wymieniony w nim katalog okoliczności mogących mieć wpływ na obniżenie ceny oferty nie jest katalogiem zamkniętym. W wezwaniu z dnia 17 lutego 2010 roku zamawiający w sposób precyzyjny wskazał, jakie okoliczności będą dla niego istotne przy ocenie, czy odwołujący się zaoferował rażąco niską cenę, czy też nie. O ile odwołujący się kwestionował zasadność udzielania jakichkolwiek informacji w tym zakresie lub też takich informacji, jakich zażyczył sobie zamawiający, mógł czynność wezwania do udzielenia wyjaśnień zaskarżyć za pomocą środków ochrony prawnej przewidzianej w przepisach ustawy Pzp.

W ocenie Izby należy zgodzić się z zamawiającym, iż wyjaśnienia złożone przez odwołującego się nie były wystarczające do stwierdzenia, czy odwołujący się zaoferował rażąco niską cenę, czy też nie. Nie zawierały one informacji, o które prosił zamawiający, a te, które zostały zawarte mają charakter bardzo ogólny i nie dający wiedzy o ich wpływie na cenę oferty. Jediną konkretną wartością podaną przez odwołującego się jest koszt biura terenowego, co jest niewystarczające do pozytywnego zweryfikowania ceny oferty odwołującego się.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego

wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Skład orzekający Izby zgadza się nadto ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09), iż wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego się) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Odwołujący się poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił.

Odwołujący się bardziej szczegółowe informacje przekazał dopiero w odwołaniu. W ocenie Izby takie działanie jest nieuprawnione. Odwołującemu się został wyznaczony przez zamawiającego termin na złożenie stosownych wyjaśnień i obowiązkiem odwołującego się było dochowanie tego terminu. Przyjęcie, iż możliwe jest złożenie wyjaśnień po wyznaczonym terminie, razem ze środkiem ochrony prawnej powodowałoby sytuację, gdzie wykonawca dysponowałby kolejnym terminem na wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny. Działanie takie stanowiłoby obejście przepisów ustawy Pzp oraz pozostawałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż Izba nie dokonywała oceny wyjaśnień odwołującego się złożonych wraz z odwołaniem.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 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 oraz Dz. U. z 2008 roku 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....