

Sygn. akt: KIO 2268/11

WYROK

z dnia 4 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2011 r. przez wykonawcę **Tebodin Poland Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku (w organizacji), ul. Długa 81-83, 80-831 Gdańsk,**

przy udziale wykonawcy **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Tebodin Poland Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Tebodin Poland Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Tebodin Poland Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa** na rzecz **Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku (w organizacji), ul. Długa 81-83, 80-831 Gdańsk** kwotę **4 304 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta cztery złote, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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 Gdańsku.

Przewodniczący:

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

I. Muzeum II Wojny Światowej w organizacji (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na wykonanie czynności zastępstwa inwestycyjnego dla inwestycji pn.: „Budowa Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 20 sierpnia 2011 r., poz. 2011/S 159-262562. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 21 października 2011 r. Tebodin Poland Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- b) art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak zwrócenia się do wykonawcy (BUD-INVENT Sp. z o.o.) z najniższą ceną oferty w przedmiotowym postępowaniu o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- c) art. 89 ust. 1 pkt. 4) Prawa zamówień publicznych, poprzez wybór oferty z rażąco niską ceną wobec nieprzeprowadzenia procedury wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła BUD-INVENT Sp. z o.o.), której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia (bez zamówień uzupełniających) na kwotę 4 878 049 zł.

W postępowaniu swoje oferty złożyło 2 wykonawców (BUD-INVENT Sp. z o.o., TEBODIN POLAND Sp. z o.o.), których ceny ofert opiewały na kwoty brutto od 1 399 000,00 zł do

2 741 891,40 zł. Ofertę z najniższą ceną opiewającą na kwotę brutto 1 399 000 zł (w tym podatek VAT 23%) złożył BUD-INVENT Sp. z o.o. Kolejną ofertą to oferta Tebodin Poland Sp. z o.o. na kwotę brutto 2 741 891, 40 zł.

Odwołujący zauważył, że średnia wartość ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wyniosła 2 070 445, 70 zł. Cena złożona przez BUD-INVENT Sp. z o.o. jest niższa ponad 3-krotnie od ceny szacowanej przez Zamawiającego (o 329%) i o 95,6% niższa od ceny Tebodin Poland Sp. z o.o., a także od cen rynkowych, zatem Zamawiający powinien powziąć uzasadnioną wątpliwość, że cena nosi znamiona rażąco niskiej i zwrócić się do wykonawcy, oferującego tak rażąco niską cenę, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, czego nie uczynił.

Poziom cen rynkowych został według Odwołującego wyznaczony nie tylko przez samego Zamawiającego, który ustalił w taki a nie inny sposób limit kwotowy, jaki zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zadania w wysokości 7 000 000 zł, jak również wartość szacunkową, którą określił na kwotę 4 878 049 zł netto + zamówienie uzupełniające do 20%: 975 610 netto, łącznie 5 853 659 zł netto + VAT, ale także przez średni poziom cen w tym, jak i w innych postępowaniach.

W załączeniu do odwołania i na rozprawie podano zestawienie cen rynkowych za wykonywanie podobnych usług, które kształtują się na poziomie znacznie wyższym, niż cena w ofercie BUD-INVENT Sp. z o.o. - w tym przypadku stosunek procentowy usług zastępstwa inwestorskiego do wartości inwestycji wynosi tylko poniżej 0,5%, co jest zupełnie nierealną ceną rynkową. W przedmiotowym postępowaniu szacunkowa wartość inwestycji do zrealizowania wynosi - jak wskazał Zamawiający w dokumencie z dnia 4 lipca 2011 pn. „Wartość szacunkowa na wykonanie czynności zastępstwa inwestycyjnego dla inwestycji pn.: „Budowa Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku” -ok. 300 000 000 zł brutto. Cena zaoferowana przez BUD-INVENT do wartości inwestycji wynosi zaledwie 0,46% wartości inwestycji.

Nawet w referencjach z dnia 23.11.2011 r., przedstawionych przez BUD-INVENT Sp. z o.o. załączonych do oferty, wystawionych przez Zamek Królewski w Warszawie, kwota wartości usług pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego za wykonywanie umowy zawartej z Zamkiem Królewskim w Warszawie wynosi 2 343 124 zł brutto, przy wartości zrealizowanych inwestycji brutto 123 748 260 zł, co stanowi ok. 2 % wartości inwestycji.

Absolutnie nie jest realne, jak wynika z doświadczenia Odwołującego, oraz realnych cen rynkowych wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia za tak rażąco niską cenę 1 399 000 zł, która jest w ocenie Tebodin niższa, niż minimalne koszty wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia. Cena zaproponowana przez BUD-INVENT ma niewątpliwie dla Odwołującego znamiona rażąco niskiej.

Powyższe okoliczności pokazują według Odwołującego w sposób wyraźny, na poziom cen rynkowych dla podobnych do przedmiotowego zamówień. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie przytaczał wyroki Zespołu Arbitrów przy Prezesie Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, mające nakazywać obligatoryjnie badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny w wypadku określonej procentowo różnicy pomiędzy ceną wątpliwej oferty a ceną innych ofert bądź między ceną oferty a oszacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia.

Ponadto na rozprawie Odwołujący wskazywał, że przeprowadził własną kalkulację, z której wynika, że cena oferty Przystępującego nie pokryje nawet wynagrodzeń pracowników, którzy będą realizowali zamówienie. Żadnych wyliczeń jednak nie przedstawił, ani kalkulacji do protokołu nie złożył.

Zamawiający złożył pismo zawierające odpowiedź na odwołanie drogą elektroniczną i faksem, a następnie w całości na rozprawie (do protokołu) podtrzymał przedstawione tam stanowisko. Wnosił o oddalenie odwołania, ponieważ jego zdaniem wnioskowanie Odwołującego o możliwości złożenia w postępowaniu oferty z rażąco niską ceną wyłącznie z różnic pomiędzy oszacowaną wartością zamówienia i wartością drugiej (w rankingu ofert) oferty przy usługach mających charakter niematerialny (takim rodzajem usługi jest przedmiot zamówienia) jest nieuprawnione. W ocenie Zamawiającego zaoferowaną cenę należy badać tylko i wyłącznie w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, co Zamawiający uczynił, w tym przypadku odnosząc poziom zaoferowanych cen do zakresu wykonania zamówienia.

Przystępujący w całości poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazywał, że Zamawiający nie jest uprawniony, aby się kierować ogólnym kryterium przy ustalaniu właściwego poziomu ceny, ale winien brać pod uwagę rodzaj i zakres zamówienia, tak jak uczynił Przystępujący kalkulując cenę i biorąc pod uwagę czas, ilość osób oraz bufor bezpieczeństwa i zysk na zamówieniu. Porównania Odwołującego ceny z oferty Odwołującego do cen innych realizacji nie są według Przystępującego miarodajne, chociażby z tego powodu, że przywoływane przez niego zadania angażowały większą liczbę osób, trwały dłużej i zakładały przestoje bądź minimalną ilość obecności konkretnych osób na placu budowy.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona –

wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Na podstawie dokumentacji postępowania i stanowisk Stron zaprezentowanych na rozprawie, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Rzeczywiście, w postępowaniu złożono dwie oferty, których ceny znacząco odbiegały od oszacowanej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby jednak sama ta okoliczność nie świadczy o tym, że w postępowaniu złożono ofertę z rażąco niską ceną, ani nawet, że zaistniała co do tego wątpliwość. Gdyby za punkt odniesienia przyjmować wyłącznie oszacowaną wartość zamówienia (albo jak często w wywodach podnosił Odwołujący, do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, wraz z zamówieniami uzupełniającymi), to również cenę oferty Odwołującego należałoby uznać za cenę rażąco niską.

W ocenie Izby o ile Zamawiający ma prawo przy szacowaniu wartości zamówienia brać pod uwagę wskaźniki procentowe w odniesieniu do wartości całej inwestycji, to wykonawcy składający oferty na nadzór inwestorski takich wartości brać nie muszą. Wykonawca kalkulując cenę oferty, bierze pod uwagę wyłącznie koszt realizacji zamówienia oraz zysk. Nie ma obowiązku – z punktu widzenia zamówień publicznych - kalkulować ceny w oparciu o jakiegokolwiek środowiskowe zasady, wychodząc z góry przyjętych założeń. Dlatego wywód Odwołującego, że cena oferty Przystępującego jest poniżej określonej wartości procentowej wartości całej inwestycji jest nietrafny.

Izba nie podzieliła też poglądu Odwołującego, że cena oferty Przystępującego nie jest „rynkowa”. W postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, dlatego trudno tu mówić o cenach rynkowych, czy obliczać średnią ze złożonych cen i do niej odnosić poziom „właściwy” – według Odwołującego - cen. Odwołujący twierdził, że cena oferty Przystępującego nie jest również „rynkowa” w odniesieniu do innych cen, w ofertach składanych w innych postępowaniach. Przystępujący twierdził przeciwnie – według niego cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu wpisuje się w poziom cen oferowanych w innych postępowaniach, przy zachowaniu proporcji porównywalności zamówień. Złożył do akt tabele porównujące zamówienia, na które powoływał się Odwołujący, a pokazujące różnice pomiędzy przedmiotowym zamówieniem, a powołanymi innymi postępowaniami – mające na celu pokazanie, iż porównania Odwołującego ceny z oferty Przystępującego do cen innych realizacji nie są miarodajne, chociażby z tego powodu, że przywoływane przez niego zadania angażowały większą liczbę osób, trwały dłużej i zakładały przestoje bądź minimalną ilość obecności konkretnych osób na placu budowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu nie można przyjąć z góry określonego poziomu cen jako „rynkowego” i do niego odnosić ceny ofert złożonych w postępowaniu. Ponieważ charakter usługi będącej przedmiotem zamówienia jest niematerialny, trudno byłoby, bez żadnych ku temu podstaw, wyznaczyć minimalny możliwy poziom cenowy. Odwołujący mógłby taki poziom udowodnić, a przy najmniej uprawdopodobnić (co umożliwiłoby Izbie uwzględnienie odwołania przynajmniej w zakresie ewentualnego naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), przedstawiając stosowną kalkulację. Na rozprawie Odwołujący wskazywał, że przeprowadził własną kalkulację, z której wynika, że cena oferty Przystępującego nie pokryje nawet wynagrodzeń pracowników, którzy będą realizowali zamówienie. Żadnych wyliczeń jednak na rozprawie nie przedstawił, ani kalkulacji do protokołu nie złożył. W konsekwencji Izba uznała odwołanie w całości za nieuzasadnione – skoro Odwołujący swoich racji nie poparł żadnymi dowodami. W ocenie Izby wyłącznie różnice pomiędzy cenami w ofertach, i różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością zamówienia, nawet znaczna, nie może zadecydować o uwzględnieniu odwołania w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Izba za uzasadnione koszty dojazdu Zamawiającego uznała koszty według spisu kosztów (kalkulacji kosztów dojazdu samochodem osobowym, bez naliczenia od tych kosztów podatku VAT). Pozostałe koszty uwzględniono zgodnie z wnioskiem Zamawiającego.

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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Przewodniczący:

.....