

WYROK
z dnia 30 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Mierzicka-Konopko

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 listopada 2010 r. przez **PM Pilarski, Miśkiewicz Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 127/135** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Włocławek, 87-800 Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13,**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Włocławek, 87-800 Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez PM Pilarski, Miśkiewicz Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 127/135,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Gminę Miasto Włocławek, 87-800 Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13 na rzecz PM Pilarski, Miśkiewicz Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 127/135, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Włocławku**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Gmina Miasto Włocławek, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu” przy realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa drogi krajowej nr 1 Etap II (Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 września 2010 r., nr 2010/S 181-276406.

W dniu 8 listopada 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę PM Pilarski, Miśkiewicz Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. MBZ Andler, Tomczak sp. j. z siedzibą we Włocławku (lider konsorcjum), ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Przedsiębiorstwo Obsługi

Inwestycyjnej Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zwanego dalej „konsorcjum MBZ”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 18 listopada 2010 r. (pismem z dnia 17 listopada 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 18 listopada 2010 r.) wobec:

1. czynności wyboru oferty konsorcjum MBZ jako najkorzystniejszej oferty,
2. zaniechania wykluczenia konsorcjum MBZ z postępowania oraz uznania oferty konsorcjum MBZ za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez brak spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobami o określonych uprawnieniach, tj. przez brak dysponowania osobą posiadającą uprawnienia Inspektora Robót Telekomunikacyjnych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń (pkt VI.1.2.1. pkt 6),
3. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum MBZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum MBZ na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp,

3

gdyż konsorcjum MBZ, mimo wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, nie złożyło wyjaśnień, które spełniałyby wymogi ustawy, a w szczególności pozwalało by Zamawiającemu dokonać obiektywnej, rzeczywistej i popartej szczegółowymi kalkulacjami oceny oferty konsorcjum MBZ oraz jej poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 2, art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. wykluczenie z postępowania konsorcjum MBZ,
3. odrzucenie oferty konsorcjum MBZ oraz powtórzenie czynności wyboru ofert bez udziału oferty konsorcjum MBZ,
4. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż oferta konsorcjum MBZ nie spełnia warunku określonego w punkcie VI.1.2.1 pkt 6 SIWZ, gdyż osoba wskazana przez konsorcjum MBZ nie posiada uprawnień w tej branży bez ograniczeń, a czego wymagał Zamawiający.

A ponadto konsorcjum MBZ, mimo wezwania do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (cena konsorcjum jest niższa od wartości zamówienia o 61%, , i niższa od ceny kolejnej oferty o prawie 50%) nie złożyło wyjaśnień, które by spełniały wymogi ustawy, a szczególności pozwalałoby Zamawiającemu na dokonanie obiektywnej, rzeczywistej i popartej szczegółowymi kalkulacjami oceny oferty konsorcjum MBZ oraz jej poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia konsorcjum MBZ są lakoniczne, m.in. konsorcjum MBZ nie podaje na czym te „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia” mają polegać. Swojego stanowiska nie popiera żadnymi wyliczeniami i kalkulacjami istotnych elementów ceny, a tym samym nie wykazało rzeczywistych kosztów pełnienia czynności określonych w SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

4

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący braku spełnienia przez konsorcjum MBZ wymogu posiadania uprawnień określonych w punkcie VI.1.2.1. pkt 6 SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu” pkt 1.2.1, ppkt 6 zamieścił wymóg, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponował „Inspektorem Robót Telekomunikacyjnych – posiadającym:

- wyższe wykształcenie techniczne, –
- Uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń,
- (...)”.

Na potwierdzenie powyższego zażądał przedłożenia „wykazu sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej IDW (...) oraz oświadczenie (...), że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia”.

Konsorcjum MBZ w załączniku nr 4 do SIWZ „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia (...)” w poz. 6 wskazało „Jan L. Inspektor Robót Telekomunikacyjnych, Uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych, 1.Upr.Nr PITIP 0086/96/U, 2.14 lat”.

Odwołujący, kwestionując przedmiotowe uprawnienia, wskazał, iż załączone uprawnienia nie są uprawnieniami „bez ograniczeń”, gdyż nie obejmują swoim zakresem telekomunikacji radiowej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści powołanego przez Odwołującego rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 2010 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym wynika, iż uprawnienia budowlane mogą być wydawane w dwóch specjalizacjach w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń, tj. dla:

- 1) telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą,
- 2) telekomunikacji radiowej.

5

Natomiast Zamawiający w treści postawionego wykonawcom warunku nie określił jaką specjalizacją wykonawcy zobowiązani są się legitymować, aby spełnić postawiony przez niego warunek. W tej sytuacji wykonawca zobowiązany był przedłożyć jedynie uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń. Takie uprawnienia konsorcjum MBZ dla wskazanej przez niego osoby przedłożyło. Dlatego też brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum MBZ na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający, pismem z dnia 28 października 2010 r., zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł, iż jego wątpliwości wzbudziła okoliczność, iż zaoferowana przez Odwołującego kwota w wysokości 972.340,00 zł brutto za wykonanie całości zamówienia jest niższa o około 61% od wartości zamówienia.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 2 listopada 2010 r. udzielił wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, wskazując iż:

1. zespół kluczowych ekspertów (tj. tych, których obecność na placu budowy jest wymagana kilka razy w tygodniu), stanowią mieszkańcy Włocławka i najbliższej okolicy. Fakt ten pozwolił na redukcję kosztów związanych z koniecznością

- pokonywania znacznych odległości przez zespół inspektorów względnie koniecznością zapewnienia zakwaterowania podczas pełnienia obowiązków;
2. członek konsorcjum – Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej jest wykonawcą usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 1 we Włocławku – Etap I” wobec czego nie ma konieczności rekrutowania dodatkowego personelu administracyjnego, ponadto wykonawca dysponuje biurem, które spełnia warunki SMWZ i nie wymaga ponoszenia dodatkowych kosztów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Z powyższego należy wywieść, iż to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Wystarczającym nie jest więc udzielenie

6

jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonywujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską, zwłaszcza że cena zaoferowana przez konsorcjum MBZ znacząco odbiega nie tylko od szacunkowej wartości zamówienia, ale i cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia oszacował bowiem na kwotę 2.043.818,36 zł (druk ZP-1) (na podstawie Środowiskowych Zasad Wyceny Prac Projektowych).

Natomiast konsorcjum MBZ za realizację przedmiotu zamówienia zaoferowało kwotę netto w wysokości 972.340,00 zł (oferty pozostałych wykonawców opiewały na kwoty: 1.945.900,00 zł (oferta nr 1), 4.714.080,00 zł (oferta nr 2), 2.128.924,95 zł (oferta nr 3), 2.603.480,00 zł (oferta nr 4), 1.756.800,00 zł (oferta nr 5)).

Skoro więc stosowne wyjaśnienia składa podmiot zainteresowany w sprawie to same wyjaśnienia, o ile nie są szczegółowe, a wręcz ogólnikowe i lakoniczne nie mogą być obiektywne. To na wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Tymczasem konsorcjum MBZ udzielając wyjaśnień bardzo ogólnie wskazało elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Na obniżenie kosztów miała mieć bowiem wpływ okoliczność, iż zespół kluczowych ekspertów stanowią mieszkańcy Włocławka i okolic, a co miało zmniejszyć koszty związane z pokonywaniem znacznych odległości, jak również zapewnienia im zakwaterowania. Niemniej jednak nie wskazało jakiego rzędu są to kwoty, jak również w jakim stopniu okoliczność ta spowoduje obniżenie kosztów przedmiotowej usługi.

Podobnie należy się odnieść do kwestii posiadanego przez konsorcjum MBZ biura spełniającego wymogi SMWZ. Powyższe nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko SO we Wrocławiu wyrażone w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt Ga 294/06, w którym stwierdzono, iż „posiadanie (...) dobrze prosperującego biura, dysponowania szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno – organizacyjno - logistycznym, dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią obiektywnych czynników, które mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te powinny być bowiem uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów”. Oznacza to więc, iż wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności.

7

Czynnikiem takim, w świetle powyższego, nie może być więc sam fakt wskazania posiadania takiego biura nawet jeżeli znajduje się ono w miejscu, gdzie będzie realizowane zamówienie.

Koniecznym jest bowiem przedstawienie szczegółowych kalkulacji, oszczędności wynikających z tego właśnie faktu, jak i zależności pomiędzy miejscem siedziby biura, a zaoferowaną ceną usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia.

Okolicznością taką nie będzie także pełnienie tej samej funkcji (Inżyniera Kontraktu) na dwóch inwestycjach Zamawiającego. Konsorcjum MBZ i w tym przypadku nie wykazało bowiem w jakim stopniu spowoduje to zmniejszenie kosztów, a tym samym jaki wpływ będzie miało na zaoferowaną cenę. Tak więc powoływane przez konsorcjum MBZ „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia” nie zostały nawet uprawdopodobnione. Tak złożone wyjaśnienia Zamawiający powinien był uznać za zbyt ogólne, a więc takie, które nie pozwalają na uznanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Konsorcjum MBZ nie wykazało bowiem, iż cenę oferty skalkulowano w sposób rynkowy. Należało więc uznać, iż Konsorcjum MBZ tego typu informacji nie przedstawiło, a wskazane przez niego jako czynniki obiektywne w istocie takimi czynnikami nie są.

Tak więc same ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i niczym nie udokumentowane twierdzenia, jakich niewątpliwie konsorcjum MBZ użyło w złożonych wyjaśnieniach, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający ma obowiązek dokonania obiektywnej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności.

Natomiast to Odwołujący, dokonując analizy zarówno kosztów pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, jak i analizy porównawczej zadań o podobnym charakterze uprawdopodobnił, iż cena zaoferowana przez konsorcjum MBZ w istocie jest ceną znacznie odbiegająca od cen rynkowych, ale również skalkulowaną w sposób, który nie pozwala na należyłą realizację przedmiotu zamówienia, tym samym wykazując, iż cena ta jest rażąco niska.

Na marginesie należy dodać, iż uznanie okoliczności wskazanych przez konsorcjum MBZ, biorąc pod uwagę powyższe rozważania, w istocie prowadziłyby, jak słusznie zauważył Odwołujący, do nieuprawnionego preferowania wykonawcy lokalnego.

Dlatego też stwierdzić należy, iż przedmiotowy zarzut potwierdził się.

Nadto należy stwierdzić, iż konsorcjum MBZ nie kwestionowało czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny, nie wnosząc na tę czynność środka odwoławczego.

8

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

9