

Sygn. akt: KIO/UZP 765/10

WYROK
z dnia 11 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5** protestu z dnia 9 kwietnia 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8.044 zł 00 gr.** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5** na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182**

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

Odwołujący – konsorcjum w składzie: EGIS Poland sp. z o.o. (lider), EGIS RAIL SA Oddział w Polsce, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na usługę: "Inżynier dla zadania: budowa układu przesyłowego ścieków z Warszawy lewobrzeżnej do oczyszczalni ścieków Czajka" – Etap II, zakwestionował czynność badania i oceny oferty oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Halcrow Group Limited, Wielka Brytania, Project Management Limited, Irlandia i PM Group Polska sp. z o.o., zwane dalej konsorcjum Halcrow.

Zarzucił Zamawiającemu, którym jest Miejskie przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 90, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy polegających na wyborze oferty konsorcjum Halcrow, zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako nieodpowiadającej treści siwz oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, zaniechaniu badania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.

Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, powtórzenie badania i oceny ofert, odrzucenie oferty konsorcjum Halcrow i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Uzasadniając zarzuty stwierdził:

1. W zakresie niezgodności oferty z siwz oraz czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, że w cenie ofertowej należało ująć wszystkie elementy, do których należy koszt Zespołu Kluczowych Specjalistów w liczbie min. 8 osób oraz 7 pozostałych specjalistów, zapewnienie i wyposażenie biura o określonych parametrach, działania promocyjne, ubezpieczenie. W ocenie Odwołującego cena wybranej oferty 2.299.445,02 zł

jest niedoszacowana, nie obejmuje wszystkich wymaganych elementów niezależnie od faktu, że jest to cena ryczałtowa. Odwołujący wskazał na złożoność zamówienia wymagającą zatrudnienia odpowiednio wynagradzanych specjalistów. Zakwestionował informacje wybranego wykonawcy mające wskazywać, że obecnie wynajmowane powierzchnie biurowe i oparte na godzinowym rozliczeniu czasu pracy specjalistów powodują obniżenie ceny. Wskazał nadto, że złożenie oferty z ceną poniżej kosztów wytworzenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Na poparcie zarzutu, w proteście przedstawił szacunkową kalkulację ceny.

2. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę Odwołujący wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 10.739.433,75 zł brutto, a cena konsorcjum Halcrow stanowi 21% wskazanej przez Zamawiającego, jest też o ponad 20% niższa do ceny Odwołującego i o ponad 50% niższa od kolejnej ceny. Wskazane różnice powinny, zdaniem Odwołującego, spowodować obowiązkowe wezwanie do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy przyjmując za punkt odniesienia w szczególności przedmiot zamówienia.

Zamawiający uznał zarzuty za niezasadnione. Wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, na Protestującym spoczywa ciężar udowodnienia, że oferta konsorcjum Halcrow zawiera cenę rażąco niską lub stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, lub jej treść nie odpowiada treści siwz.

W ocenie Zamawiającego różnica ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia nie obliguje zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy. Wskazał, że przez rażąco niską cenę można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem wartość szacunkowa brutto nie jest wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym. Zamawiający stwierdził, że przyjęcie stanowiska z protestu skutkowałoby odrzuceniem również oferty protestującego, albowiem jej cena stanowi jedynie 27,2% wartości przedmiotu zamówienia brutto. Zamawiający zauważył, że w proteście wskazano na elementy cenotwórcze opisane w Opisie Przedmiotu Zamówienia, lecz nie podano ich obiektywnej wyceny rynkowej, lecz przyjętą własną kalkulację bez podania obiektywnych podstaw jej ustalenia. Zamawiający stwierdził również, że nie stanowią obiektywnego punktu odniesienia dane statystyczne dotyczące przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, gdyż odnoszą się jedynie do wynagrodzenia pracowników, a nie osób prowadzących działalność gospodarczą.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że złożył ofertę zgodną z treścią siwz i nie popełnił czynu nieuczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznaje, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu w prowadzonym postępowaniu. Należy stwierdzić, że ustawa przyjmuje zasadę, że podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia. Relacja taka jest dla zamawiającego wskazówką, że cena może być rażąco niska. Stosownie do treści przepisu, 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. Jak wynika z dokumentacji postępowania ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia bez podatku VAT wynosi kwotę 9.683.096 zł, co zostało odnotowane w pkt 2 protokołu postępowania. Przystępujący do postępowania odwoławczego zaoferował cenę w kwocie 2.299.445,02 zł natomiast odwołujący podał cenę w kwocie 2.925.560,00 zł. Są to okoliczności niesporne.

Wskazane ceny są w ocenie składu orzekającego znacząco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe uzasadnia twierdzenie o konieczności zastosowania procedury określonej w art. 90 ustawy, co wobec przedstawionej różnicy wskazanych cen jest obowiązkiem zamawiającego.

W pozostałym zakresie żądań protestu i odwołania Izba uznała, że nie zostały one udowodnione, w szczególności w zakresie żądania nakazania odrzucenia wybranej oferty z powodu niezgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rażąco niskiej ceny i popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Należy stwierdzić, że na tym etapie postępowania ustalenie tych okoliczności nie jest możliwe bez uprzedniego rozstrzygnięcia, czy oferty zawierają rażąco niską cenę.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji nakazując zamawiającemu przeprowadzenie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....