

Sygn. akt: KIO 1299/10

WYROK
z dnia 9 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 czerwca 2010 r. przez **Ove Arup & Partners International Ltd, WI-T4B Londyn, Wielka Brytania, 13 Fitzory Street, adres do korespondencji: Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, 00-103 Warszawa, ul. Królewska 16** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Historii Polski w Warszawie, 01 – 209 Warszawa, ul. Hrubieszowska 6a**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Pirelli PEKAO Real Estate Sp. z o.o. i Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” Sp. z o.o. oraz wykonawcę Project Management Intertecno Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Muzeum Historii Polski w Warszawie, 01 – 209 Warszawa, ul. Hrubieszowska 6a** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Ove Arup & Partners International Ltd, WI-T4B Londyn, Wielka Brytania, 13 Fitzory Street** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Muzeum Historii Polski w Warszawie, 01 – 209 Warszawa, ul. Hrubieszowska 6a** na rzecz **Ove Arup & Partners International Ltd, WI-T4B Londyn, Wielka Brytania, 13 Fitzory Street** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Muzeum Historii Polski w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu w projekcie budowy siedziby Muzeum Historii Polski w Warszawie w lokalizacji Jazdów – Trasa Łazienkowska.

W dniu 15 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pirelli PEKAO Real Estate Sp. z o.o. i Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” Sp. z o.o.

W dniu 25 czerwca 2010 r. wykonawca Ove Arup & Partners International Ltd zwany dalej Odwołującym wniósł odwołanie wobec działania Zamawiającego polegającego na:

- zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pirelli PEKAO Real Estate Sp. z o.o. i Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest - Wybrzeże” Sp. z o.o. zwanych dalej Konsorcjum Pirelli oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Project Management Intertecno Sp. z o.o. i Intertecno Sp.A. zwanych dalej Konsorcjum Intertecno do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechaniu przeprowadzenia badania ofert złożonych przez Konsorcjum Pirelli oraz Konsorcjum Intertecno w zakresie rażąco niskiej ceny i wezwania ww. wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
- potencjalnym zaniechaniu odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Pirelli oraz Konsorcjum Intertecno do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia badania ofert złożonych przez Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny i zaniechanie wezwania tych wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

oraz z ostrożności procesowej naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno jako ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że do ofert złożonych przez Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno nie załączono oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te, jak wskazał Odwołujący, wymagane były w pkt 13.2.8. lit. c Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Odwołującego, niezależnie od trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie, zasadnicze znaczenie ma treść Specyfikacji, zatem w sytuacji, kiedy złożenie dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków wymagane było również na etapie składania ofert, Zamawiający powinien egzekwować od wszystkich wykonawców przekazanie spornych dokumentów. Zaniechanie złożenia ww. dokumentów powinno skutkować, jak zauważył Odwołujący, wezwaniem wykonawców do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stwierdzając, że Zamawiający zaniechał badania cen zaoferowanych przez Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno Odwołujący wskazał na szacunkową wartość zamówienia, kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu wywodząc z powyższego, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno budzą wątpliwości co do prawidłowego obliczenia tych cen w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający chcąc dochować należytej staranności przy prowadzeniu postępowania powinien być wezwać ww. wykonawców do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził również, że prawdopodobne jest zaistnienie przesłanek skutkujących powstaniem obowiązku odrzucenia przez Zamawiającego ofert złożonych przez Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie złożąby stosownych wyjaśnień bądź złożone wyjaśnienia wskazywałyby na zaoferowanie rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wezwanie Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- przeprowadzenie badania ofert złożonych przez Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny i wezwanie ww. wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
- wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy na wezwanie nie uzupełnili dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- odrzucenie ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych oraz złożonych przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba ustaliła co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lutego 2010 r. pod pozycją 2010/S 41-060393, zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

W ogłoszeniu Zamawiający przewidział, że umowa ramowa będąca celem postępowania zawarta zostanie z jednym wykonawcą na okres 7 lat.

Szacunkowa wartość zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę od 3 647 050 zł do 4 606 800 zł, co stanowi równowartość odpowiednio 950 000 euro do 1 200 000 euro (ogłoszenie o zamówieniu, Protokół postępowania, Druk ZP-1, pkt 2). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 000 000 zł netto (Protokół postępowania, Druk ZP-1, pkt 13, ppkt 3).

W terminie na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wnioski złożyło 9 wykonawców (Protokół postępowania, Druk ZP-1, pkt 8). Żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania (Protokół postępowania, Druk ZP-1, pkt 9). W wyniku zaproszenia do składania ofert oferty złożyło 7 wykonawców (Protokół postępowania, Druk ZP-1, pkt 13 ppkt 2). Żadna z ofert nie została odrzucona (Protokół postępowania, Druk ZP-1, pkt 14).

Ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert to cena (60%) oraz metodologia realizacji zamówienia (40%).

Ceny zaoferowane przez wykonawców składających oferty kształtowały się następująco:

- Konsorcjum Pirelli PEKAO – 1 860 000,00 zł brutto,
- Konsorcjum Intertecno – 1 947 120,00 zł brutto,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MACE Polska Sp. z o.o. i MACE Limited Atelier House – 2 869 339,00 zł brutto,
- BUD-INVENT Sp. z o.o. – 2 879 200,00 zł brutto,
- Ove Arup & Partners International Ltd – 2 969 040,00 zł brutto,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AECOM Sp. z o.o. i DHV Polska Sp. z o.o. – 3 428 269,54 zł brutto,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij Nederland B.V. – 3 609 547,27 zł brutto.

Po klasyfikacji ofert pod względem ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert ranking ofert kształtował się następująco:

1. Konsorcjum Pirelli PEKAO,
2. Konsorcjum Intertecno,
3. Ove Arup & Partners International Ltd,
4. BUD-INVENT Sp. z o.o.,
5. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AECOM Sp. z o.o. i DHV Polska Sp. z o.o.,
6. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MACE Polska Sp. z o.o. i MACE Limited Atelier House,
7. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij Nederland B.V.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, protokołu z postępowania (Druk ZP-1), Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, ofert złożonych w postępowaniu oraz po wysłuchaniu stanowisk stron Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego podniesionych w odwołaniu zarzutów – potwierdzenie się zarzutu odnośnie konieczności wezwania Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp bądź odrzucenia ofert ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dawałoby Odwołującemu, w przypadku uznania przez Zamawiającego cen zaoferowanych przez ww. wykonawców za rażąco niskie lub w przypadku braku złożenia żądanych wyjaśnień, możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia ze względu na sklasyfikowanie oferty Odwołującego na trzecim miejscu.

Izba za bezzasadny uznała zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania wezwania wykonawców Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno do uzupełnienia dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, dla którego charakterystyczny jest podział postępowania na dwa etapy. Pierwszy z nich ma na celu kwalifikację wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia tj. spełniających warunki udziału w postępowaniu, do drugiego zaś, mającego na celu wybór oferty najkorzystniejszej, zapraszani są tylko wykonawcy, którzy pozytywnie przeszli pierwszą weryfikację. Dokumenty, jakie zobowiązani są składać wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był wskazać już w ogłoszeniu o zamówieniu, co też uczynił w Sekcji III ogłoszenia. Dokumenty żądane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co jednoznacznie wynika z treści art. 50 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, wykonawcy zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków.

Wymóg wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający zamieścił zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 11.2 Zamawiający wskazał, że „w celu potwierdzenia, że w przypadku Oferenta nie zachodzą okoliczności skutkujące wykluczeniem od udziału w postępowaniu oraz spełnia warunku udziału w postępowaniu, Oferent składa oświadczenie, którego wzór stanowi Załącznik nr 1a do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz przedstawia dokumenty wymagane przepisami Ustawy, na potwierdzenie, że treść oświadczenia jest prawdziwa”. W pkt 13.1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zaznaczył, że wniosek należy złożyć kompletny – powinien zawierać wszystkie informacje wymagane ogłoszeniem o zamówieniu oraz wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, przy czym wskazał, że wykaz wszystkich dokumentów, które należy złożyć wraz z wnioskiem zawiera formularz wniosku. Wymóg udokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu na etapie składania wniosków wynika również wprost z treści pkt 14.1. i 14.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Istotny dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu jest również fakt, że Zamawiający na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wzywał poszczególnych wykonawców do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe oraz uznając, że nieuprawniony byłby wymóg dwukrotnego tj. na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz na etapie składania ofert, wykazywania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała, że bez wpływu na prawidłowość postępowania pozostaje treść pkt 13.2.8. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego w zakresie zaistnienia podstaw do przeprowadzenia wyjaśnień co do wysokości cen zaoferowanych przez Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno. Izba wzięła pod uwagę, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazał na zasadność porównania zaoferowanych w postępowaniu cen do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się również, że ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców należy odnieść także do cen wskazanych w innych ofertach złożonych w postępowaniu. W niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że zarówno stosunek cen zaoferowanych przez wykonawców do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, której prawidłowości szacowania nie podważył ani Zamawiający ani Odwołujący, jak i do pozostałych ofert, uzasadnia wystąpienie do wykonawców o wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp. W ocenie Izby, ww. rozbieżności mogą znaleźć swoje uzasadnienie

w charakterze przedmiotu zamówienia i specyfice rynku, jednak nie może podlegać to ocenie na obecnym etapie postępowania, przed złożeniem wyjaśnień. Argumentu dla zaoferowania cen znacznie niższych od pozostałych wykonawców i od wartości przedmiotu zamówienia nie może stanowić okoliczność wskazana przez Zamawiającego, że wykonawcy, których dotyczy przedmiotowy zarzut, są z rynku lokalnego, bowiem oferty w tym postępowaniu złożyły też inne spółki polskie.

Jednocześnie, Izba za przedwczesny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Pirelli PEKAO oraz Konsorcjum Intertecno jako zawierających rażąco niską cenę. Wskazać należy, że dokonanie takiej czynności każdorazowo musi zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na nie dokonanie ww. czynności przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że w tym zakresie przedmiotem odwołania może być na obecnym etapie postępowania jedynie zaniechanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień oraz ustalenie czy zachodzą podstawy do dokonania ww. czynności.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....