

Sygn. akt: KIO/UZP 1202/09

**WYROK**  
**z dnia 22 października 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:     Andrzej Niwicki**

**Członkowie:           Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant:         Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 7 października i 19 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ECM Group Polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18** protestu z dnia 24 lipca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18**

i nakazuje:

- 1)       zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ECM Group Polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18** na rzecz **ECM Group Polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ECM Group Polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44.**

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

Odwołujący ECM Group w Warszawie uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wybór inwestora zastępczego, prowadzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy poprzez błędną ocenę złożonych wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny,
- art. 90 ust. 3 poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy.

Wskazując zarzuty wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 4.06.2009 r. złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnił, że realizuje kilkadziesiąt kontraktów obejmujących zarządzanie i nadzór inwestorski na terenie Polski. Posiada zorganizowaną siatkę biur, dysponuje szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, odpowiednim zapleczem techniczno – organizacyjno – logistycznym, kadrami

wykwalifikowanych pracowników oraz doświadczeniem w bieżącym wykonywaniu nadzorów inwestorskich, co umożliwiłoby zaoferowanie atrakcyjnej ceny przy zapewnieniu opłacalności.

Odwołujący wskazał także, że wdrożył system zarządzania zasobami ludzkimi, a część ze wskazanych osób nie będzie pełnił swoich obowiązków przez cały okres trwania kontraktu.

Zauważył, że obowiązki inspektorów nadzoru i specjalistów są ściśle powiązane z etapami realizacji usług i prac budowlanych w poszczególnych branżach. Możliwe jest zarządzanie czasem pracy inspektorów i specjalistów pomiędzy kilkoma kontraktami realizowanymi w tym samym obszarze, co pozwala na obniżenie kosztów usług. Odwołujący wyjaśnił także, że kalkulując cenę oferty uwzględnił zysk. Stwierdził, że w wyjaśnieniach przekazał Zamawiającemu kalkulację ceny potwierdzającą, że podane kwoty są rzeczywiste i wynikają z realnych stawek płaconych przez niego podczas realizacji tego typu usług. Wskazał, że podane wartości odnosiły się do kosztów ponoszonych za prace inżyniera rezydenta, inspektora nadzoru robót konstrukcyjno - budowlanych, inspektorów gazowych i elektrycznych w przedziale miesięcznym. Zauważył, że załączona do wyjaśnienia kalkulacja wprost wskazuje, że podział kosztów personelu na miesiące jest jedynie orientacyjny.

Wskazując na to stwierdził, że zarzut o zaniżonej wartości wynagrodzenia miesięcznego oraz źle oszacowanego czasu pracy danej osoby jest niezasadny.

Odwołujący podniósł, iż rzeczywiste umowy z personelem zawrze nie w odniesieniu do przepracowanych miesięcy lecz zakresu obowiązków wynikających z opisu zamówienia. Stwierdził, że rozlicza się z personelem ceną ryczałtową. Wskazał dla przykładu, że na wykonanie obowiązków inżyniera rezydenta przewidział kwotę 136.000 zł w oparciu o posiadane doświadczenie. Stwierdził również, że ponoszone przez niego koszty jednostkowe personelu są niższe od przyjętych przez Zamawiającego, ze względu na stałą współpracę z danymi osobami.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania jako zaniżone uznał wynagrodzenie tylko w stosunku do 2 specjalistów wyszczególnionych w kalkulacji, tj. do inspektora nadzoru robót konstrukcyjno - budowlanych i inspektora nadzoru robót elektrycznych. Odwołujący powołał w związku z tym orzecznictwo, zgodnie z którym ustalenie rażąco niskiej ceny ma dotyczyć ceny oferty w całości, a nie poszczególnych jej składników.

Podkreślił, że skalkulował wynagrodzenie inspektorów i specjalistów licząc ich efektywny czas pracy. Wskazał na praktykę zawierania umów cywilnoprawnych, co obniża koszty, a także na możliwość wykonywania zadań przez pracowników na kilku kontraktach.

Uznał, że wycenianie oferty w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem wynagrodzenia poszczególnych członków personelu za każdy miesiąc umowy, niezależnie od rzeczywiście wykonywanej pracy, powodowałoby zawyżanie ceny ofertowej. Stwierdził,

że przewidziane wynagrodzenie miesięczne, jakie zamierza zapłacić specjalistom za efektywną pracę, odpowiada cenom rynkowym.

Odwołujący wskazał również, że to na Zamawiającym, który otrzymał wyjaśnienia odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny, spoczywa ciężar dowodu, iż oferta podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione stwierdzając, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i nie przystaje do realiów. Stwierdził, że jest uprawniony do badania kosztów jednostkowych wykonawcy także w przypadku ceny ryczałtowej, gdyż są to elementy oferty w rozumieniu art. 90 ust. 1 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, że na wykonanie zamówienia przeznaczył 2.278.050 zł brutto i założył koszt usługi inwestora zastępczego na poziomie 3,15% wartości robót. Powołał katalog cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych Bistyp Consulting Sp. z o. o. , gdzie przewidziano wskaźnik dla inwestora zastępczego 3,5 – 7% wartości robót, dla inżyniera kontraktu: 3,5 – 5%, a dla nadzoru inwestorskiego 2,0 – 4,5%.

Wskazał, że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za 0,77% wartości robót, kolejni wykonawcy za 1,21% i 1,27% wartości robót, wybrany wykonawca za 1,99% wartości robót.

Zamawiający zauważył, że średnia cena z sześciu ofert, które wpłynęły, wynosi 1.312.341,40 zł. Oferta Odwołującego stanowi 42,48% średniej, a dwóch kolejnych wykonawców odpowiednio 66,93% i 70,18% średniej. Zamawiający uznał, że wobec ryczałtowego wynagrodzenia, przy całościowym podejściu, nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia za cenę stanowiącą 70,18% średniej lub niższą. W związku z tym odrzucił trzy oferty po uprzednim otrzymaniu wyjaśnień od wykonawców.

Zamawiający powołał się na postanowienia SIWZ określające zakres wymaganych prac i stwierdził, że ich wykonanie wymaga codziennej obecności na budowie inspektora nadzoru robót konstrukcyjno – budowlanych. Osoba ta nazywana inżynierem rezydentem ma wg wyjaśnień Odwołującego otrzymywać miesięczne wynagrodzenie w wys. 3.400 zł, co zdaniem Zamawiającego jest wielkością zaniżoną i powinno wynosić co najmniej 6000 zł. Za zaniżone uznał także Zamawiający koszty inspektora nadzoru robót elektrycznych, gdyż Odwołujący przyjął 15 miesięcy pracy, a powinno być 20 – 24 miesięcy, a ponadto przy dwóch pobytach na budowie tygodniowo nie może to być wynagrodzenie 2000 zł, lecz ok. 4000 zł.

Zamawiający uznał, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie przystaje do realiów stanowiąc realne zagrożenie dla zakresu i jakości wykonania usługi.

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

Ustalono, że Odwołujący zaoferował wykonanie usługi pełnienia funkcji inwestora zastępczego wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim za cenę netto w kwocie 457.000 zł, a po uwzględnieniu podatku od towarów i usług, cenę brutto 557.540 zł.

Wielkość ta w sposób znaczący odbiega od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na wykonanie, który na ten cel przeznaczył 2.278.050 zł brutto i założył koszt usługi inwestora zastępczego na poziomie 3,15% wartości robót.

Przedstawiona różnica uzasadnia, w ocenie Izby, podjęcie przez Zamawiającego czynności przewidzianych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zgodnie z powołanym przepisem zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi Odwołujący, pismem z dnia 9.06.2009 r. wyjaśnił, że cena oferty umożliwia należyte wykonanie przedmiotowej usługi w zakresie określonym w przedmiocie zamówienia, w wyznaczonym terminie. Stwierdził, że kalkulując cenę uwzględnił niezbędne koszty oraz planowany zysk. Przekazał kalkulację ceny oferty wskazując, że uwzględnia ona wszystkie elementy mające wpływ na cenę i zadeklarował, że przedstawia kwoty rzeczywiste i wynikające z realnych stawek płaconych podczas realizacji tego typu usług.

Po rozpatrzeniu wyjaśnień Zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę i nie przystaje do realiów. Jako zaniżające składniki cenotwórcze Zamawiający wskazał koszt wynagrodzenie inspektora nadzoru robót konstrukcyjno – budowlanych oraz planowany czas pracy i wynagrodzenie inspektora nadzoru robót elektrycznych. Stwierdził, że cena oferty stanowiąca 0,77% wartości robót jest rażąco niska, co uzasadnia odrzucenie oferty. Za podlegające odrzuceniu uznał również dwie inne oferty, których ceny wynosiły odpowiednio 1,21% i 1,27% wartości robót.

Oceniając zarzuty protestu i odwołania kwestionujące stanowisko Zamawiającego o zaoferowaniu przez Odwołującego ceny rażąco niskiej Izba uznała, że teza o zaoferowaniu ceny nierealnej i nie przystającej do realiów rynkowych nie została udowodniona. W szczególności należy zauważyć, że obserwując w ostatnich miesiącach ceny ofert składanych w postępowaniach o analogicznym do niniejszego przedmiocie zamówienia, w których spory rozstrzygane były przed Krajową Izbą Odwoławczą, stwierdza się, że po trwającym w kolejnych latach okresie prosperity w zakresie usług nadzoru nad realizacją robót budowlanych, nastąpiła znacząca zmiana na rynku i ceny tych usług uległy istotnemu obniżeniu. Obserwuje się również, że żądane wynagrodzenia wykonawców znacznie różnią się między sobą i niejednokrotnie nie pozostają w związku z wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego, mimo iż szacunek ten mógł być dokonany po myśli art.

32 ust. 1 ustawy Pzp, tj. z należytą starannością. Również Zamawiający w rozpatrywanej sprawie przyznał, że dokonane przez niego ustalenie wartości jest nieaktualne. Należy również zauważyć, że z przykładowej kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego wynika, że także przy wprowadzeniu elementów kalkulacyjnych w wielkościach oczekiwanych przez Zamawiającego, cena ofertowa również uznana by była jako rażąco niska. W tym stanie faktycznym trudno jest ustalić, jaka cena jest właśnie tą ceną wiarygodną i prawidłową, a która nie pozwala na realizację zamówienia bez strat. Tym bardziej, że przedmiotowe usługi są usługami niematerialnymi, intelektualnymi, a ich koszt zależy w przeważającej mierze od subiektywnej wyceny wartości pracy poszczególnych osób.

Zważywszy, że Zamawiający nie przedstawił dowodów na to, że za wskazaną przez Odwołującego cenę nie da się wykonać przedmiotowej usługi bez strat, orzeczono, jak sentencji.

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

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 **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*