

WYROK

z dnia 22 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 22 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013 r. przez **Odwołującego** – ADNES A..... N....., ul. Czekanowska 3, 04-922 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez ADNES A..... N....., ul. Czekanowska 3, 04-922 Warszawa
2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Warszawski w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ADNES A..... N....., ul. Czekanowska 3, 04-922 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1 Zasądza od Uniwersytetu Warszawskiego w Warszawie na rzecz wykonawcy ADNES A..... N....., ul. Czekanowska 3, 04-922 Warszawa kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Uniwersytet Warszawski, prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego nr BG-361-18/2013 na wykonanie okresowych eksploatacyjnych pomiarów ochronnych instalacji elektrycznej i odgromowej w budynkach administrowanych przez Biuro Gospodarcze Uniwersytetu Warszawskiego.

Odwołujący: „ADNES” A..... N..... ul. Czekanowska 3 04-922 Warszawa wniósł odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty.

Stwierdził, że Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oświadczył, że jest w stanie wykonać zamówienie po zaoferowanej cenie - zrealizował wiele tego typu zamówień, również na rzecz Zamawiającego, w których kalkulował podobne lub identyczne stawki jednostkowe za punkt pomiarowy.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty i żądania stwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia - w ofercie przedstawił cenę, za którą jest w stanie zrealizować całość Zamówienia. Wykonał szereg zleceń tego typu, także na rzecz Zamawiającego, za proporcjonalnie podobne wynagrodzenie.

Np. trzy lata wykonał na rzecz Zamawiającego "Pomiary kontrolne ochrony przeciwporażeniowej oraz stanu technicznego instalacji elektrycznych w budynku Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego" (przetarg nieograniczony nr DZP-371- 30/2010). Dokonał wówczas w ciągu 3 miesięcy pomiarów ponad 27 tys. punktów pomiarowych za kwotę 102 480 zł brutto (średnio 3,80 zł/punkt). Za realizację zadania Zamawiający wystawił 25.10.10 pozytywne referencje. 24.05.2013 r. Zamawiający ogłosił (nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych 202664) przetarg nieograniczony nr BG-361 -8/2013, którego przedmiot zamówienia pokrywał się z postępowaniem, którego dotyczy odwołanie. Na podstawie udzielonych wtedy przez Zamawiającego informacji (załącznik nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - wykaz budynków) liczba punktów pomiarowych wynosiła ok. 16 tys. Złożona przez odwołującego dnia 03.06.13 oferta opiewała na 84 717,48 zł brutto (średnio 5,29 zł/punkt).

W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, przy niezmienionym przedmiocie zamówienia względem przetargu nr BG- 361-8/2013, oferta wzrosła do 97 940,55 zł brutto (średnio 5,93 zł/punkt), a mimo to właśnie teraz została uznana za obarczoną rażąco niską ceną.

Zarówno w przypadku przetargu nr BG-361-8/2013 jak i BG-361-18/2013 Zamawiający przewidział na ich realizację 221 400,00 zł brutto. W toku badania i oceny ofert złożonych w przetargu nr BG-361-8/2013, Zamawiający uznał, że oferty niższe niż 100 000,00 zł zawierają rażąco niską cenę. W związku z tym, skierował do aż 9 spośród 11 Oferentów pismo z żądaniem uzupełnienia treści oferty o wyjaśnienie składników ceny (pismo Pełnomocnika Rektora ds. Planowania Strategicznego i Zamówień Publicznych K..... D..... z dn. 06.06.13). Wtedy Zamawiający uznał wyjaśnienia (oświadczenie Oferenta z dn. 10.06.13) za wiarygodne i nie tylko nie odrzucił oferty wycenionej na 84 717,48 zł brutto, ale wręcz uznał nawet wyjaśnienia firmy El-Mar K..... M..... i stwierdził, że jej najtańsza oferta za 18 450,00 zł brutto jest najkorzystniejsza i nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W postępowaniu ogłoszonym 24.05.13 żadna oferta nawet nie zbliżyła się wartością do kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia, bowiem najdroższa oferta wynosiła jedynie 149 592,60 zł brutto.

Nie ma żadnego uzasadnienia dla uznania, w odstępie zaledwie kilku miesięcy, ofert dot. takiego samego przedmiot zamówienia raz za posiadającą rażąco niską cenę a raz nie - szczególnie, że nastąpił wzrost ceny oferty.

Powierzenie wykonania tego zamówienia za 185 736,89 zł brutto byłoby przejawem niegospodarności i marnowania publicznych środków.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania ze względu na niezachowanie warunków formalnych polegające na nie wskazaniu żadnej podstawy prawnej zarzutów i ograniczenie się do stwierdzenia o niesłusznym odrzuceniu oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wnosząc o oddalenie odwołania zamawiający wskazał na formalne przesłanki odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny i powołał na tę okoliczność orzecznictwo Izby.

Wskazał, że ceny brutto zaoferowane przez wykonawców, których ceny nie zostały odrzucone oraz cena odwołującego, wynoszą odpowiednio:

185 736,89 zł, 207 681,81 zł oraz 97 940,55 zł przy szacunkowej wartości zamówienia ustalonej na kwotę brutto 221 400 zł.

Zauważył, że cena oferty odwołującego jest niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia o 55,76%.

Wskazał na specyfikę przedmiotu zamówienia i wartość postępowania, które uniemożliwiają wystąpienie tak znacznych różnic cenowych w normalnych warunkach konkurencji. Stwierdził, że cena odwołującego jest nierealistyczna, nieadekwatna do kosztów wykonania zamówienia. Wskazał, że dokonał badania ofert w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień żądając wskazania:

a/ wartości roboczogodziny,

b/ metody obliczenia zawartej w ofercie kwoty wynagrodzenia za wykonane pomiary,

c/ dowodu, że za tę kwotę wykonawca będzie w stanie pokryć wszystkie koszty związane z realizacją całości przedmiotu zamówienia (wykonanie pomiarów, dokumentacji, wynagrodzenia pracowników itp.).

W odpowiedzi odwołujący wskazał, że kwotę wynagrodzenia obliczono na podstawie ilości punktów pomiarowych podanej przez zamawiającego w przetargu nr BG-361-8/2013, w którym przedmiot zamówienia był niemal identyczny z bieżącym postępowaniem. To oznacza, że odwołujący obliczył cenę przedmiotu zamówienia nie w oparciu o dokumentację z postępowania, lecz w oparciu o dane z przetargu przeprowadzonego wcześniej. Zamawiający zaznaczył, że w obu postępowaniach przedmiot zamówienia był różny. W obecnym postępowaniu zakres wykonania usługi jest bowiem szerszy. Zamawiający dodatkowo podkreślił, że w złożonym piśmie nie przedstawiono żądanej przez zamawiającego metody obliczenia zawartej w ofercie ceny. Zamawiający stwierdził również, że przedstawione przez odwołującego realizacje dotyczą obiektów o innej charakterystyce budowlanej, niż te, w których będzie realizowany przedmiot zamówienia. Wskazał, że były to zamówienia wykonane w latach 2010 i 2011 co oznacza, że ich wartość nie jest miarodajna. Z tych względów uzyskana odpowiedź utwierdziła zamawiającego w przekonaniu o rażąco niskiej cenie oferty złożonej przez odwołującego.

Odnosząc się do treści odwołania zamawiający wskazał, że powołany uprzedni przetarg ma inny zakres zamówienia i obecnie został on rozszerzony o dokonywanie napraw punktów pomiarowych w przypadku stwierdzenia ich wadliwości w trakcie dokonywania pomiarowych w przypadku stwierdzenia ich wadliwości w trakcie dokonywania pomiaru.

Zauważył, że w poprzednim postępowaniu wybrany wykonawca odstąpił od realizacji przedmiotu zamówienia, gdy zauważył, że jego działania są skrupulatnie kontrolowane. Z doświadczenia zamawiającego wynika, że praktyka stało się składanie ofert z rażąco niską ceną przy założeniu, że zamawiającemu zależy jedynie na uzyskaniu odpowiedniego dokumentu z pomiaru, a wykonanie zamówienia nie będzie zbyt skrupulatnie nadzorowane.

W toku rozprawy strony przedstawiły następujące stanowiska.

Odwołujący popierając odwołanie stwierdził, że działa na rynku od 30 lat, posiada znaczne doświadczenie, dysponuje profesjonalną kadrą. Zna obiekty zamawiającego, w tym obiekty zabytkowe, również na takich obiektach świadczy analogiczne usługi. Zaznaczył, że posiada specjalne uprawnienia do prac w obiektach zabytkowych. Stwierdził, że z uwagi na panujący kryzys, ceny usług w porównaniu do roku 2010 i 2011 nie uległy wzrostowi, a zaoferowana przez niego cena w przedmiotowym postępowaniu jest realna i plasuje wśród średnich cen rynkowych.

Zamawiający stwierdził, że z uwagi na kryzys na rynku wykonawcy próbują uzyskać zamówienie za wszelką cenę. Zdaniem zamawiającego cena zaoferowana przez odwołującego nie pozwala na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że na rynku ceny kształtują się na wyższym poziomie tj. w granicach od 9 do 50 zł za punkt pomiarowy. Wskazał na aktualne wydruki ze stron internetowych i zauważył, że cena odwołującego wynosi poniżej 6 zł za taki punkt. Złożył także wydruki KNR opracowane przez Ekocenbud na podstawie stawek, z których wynika cena pomiaru od 22 do 50 zł. Stwierdził, że w wyjaśnieniach wykonawca nie przedstawił sposobu obliczenia ceny, a jedynie odwołał się do poprzedniego postępowania, w którym wybrany wykonawca, który zaoferował najniższą cenę odstąpił od wykonywania umowy. Podał w wątpliwości znajomość przez odwołującego obiektów, w których mają być wykonywane pomiary. Wskazał na postanowienia art. 3 SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), gdzie wskazano, iż pomiary będą wykonywane często w porze nocnej i w dni wolne od pracy, co skutkuje koniecznością zwiększenia wynagrodzenia. Zauważył, że tylko dwóch wykonawców przed złożeniem oferty dokonało wizji lokalnej obiektów i ceny zaoferowane przez tych dwóch wykonawców były zbliżone do oszacowania dokonanego przez zamawiającego. Wskazał na zakres przedmiotu zamówienia i wymogi dotyczące dokumentacji świadczonej usługi w tym wymagane protokoły z wymaganych pomiarów. Stwierdził, że wykonawca nie żądał żadnych wyjaśnień dotyczących sposobu wykonania zamówienia.

Odwołująca stwierdziła, że z cenników złożonych przez zamawiającego wynika, że większość tj. 70% pomiarów jest wyceniana w granicach od 2,50 do 3,50 zł, co może być uznane za cenę rynkową. Zauważył także, że jego cena za punkt pomiarowy jest wyższa od średniej ceny obliczonej na podstawie 12 złożonych ofert w niniejszym postępowaniu. Wskazał także na swoje doświadczenie w zakresie pomiarów w BUW (nowej), gdzie z uwagi na nowoczesność instalacji i stopień skomplikowania złożoność usług jest znacząco wyższa od tych jakie wykonuje się w obiektach starych.

Zamawiający zauważył, że tylko w jednej pozycji cennikowej wskazano cenę 3,50 zł z uwagą, iż jest to cena z upustem 50% wartości kosztorysowej. Podtrzymał stwierdzenie o nieznamości przez odwołującego obiektów zamawiającego. Stwierdził, że obiekty zabytkowe zamawiającego wyposażone są w nowoczesną instalację elektryczną i elektroniczną, co musi mieć wpływ na koszt wykonywania usługi. Zanegował stwierdzenie odwołującego, iż większość pomiarów dotyczy elementów wycenianych w niskiej cenie na rynku.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty odwołującego oraz złożonych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, a naruszenia przepisów ustawy powodują możliwość poniesienia przez niego szkody – utraty korzyści związanych z realizacją umowy.

Izba rozpoznała odwołanie z uwzględnieniem podstawy odrzucenia oferty odwołującego wskazanej w zawiadomieniu skierowanym przez zamawiającego do wykonawców tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, badając czy wyjaśnienia udzielone przez odwołującego zawierają elementy uzasadniające w sposób zobiektywizowany wysokość zaoferowanej ceny niezależnie od faktu, iż zamawiający akcentował w toku rozprawy okoliczność braku wystarczających wyjaśnień ze skutkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska, co w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej oraz Sądów Okręgowych interpretowane jest jako złożenie wyjaśnień, które nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy a należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone. W rozpoznawanej sprawie nie było sporu co do zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny tj. przeprowadzenia procedury z art. 90 ustawy pzp.

Wysokość ceny zaoferowanej przez odwołującego w relacji do wartości przedmiotu zamówienia, uzasadniała wszczęcie takiej procedury. Izba zauważa nadto, cena zaoferowana przez

odwołującego zajmowała wśród dwunastu złożonych ofert, czwarte miejsce, a cena pomiaru jednego punktu była wyższa od średniej cen wszystkich złożonych ofert.

Izba uznała za wiarygodne zgodne stwierdzenia stron o panującym na rynku przedmiotowych usług kryzysie uwidaczniającym się w niemalże niezmiennych cenach tych usług na przestrzeni ostatnich trzech lat i dążeniach wykonawców do pozyskiwania zleceń po możliwie najniższych cenach. Należy jednocześnie zauważyć, że negatywne doświadczenie zamawiającego, na którego rzecz było wykonywane poprzednie analogiczne zamówienie, dotyczyło innego wykonawcy, który został wybrany w przetargu z ceną kilkakrotnie niższą od ceny zaoferowanej przez obecnego odwołującego. Biorąc pod uwagę, że jakkolwiek cena ofertowa odwołującego w niniejszym przetargu była niższa od wartości zamówienia obliczonej przez zamawiającego, cena ta jednocześnie zasadnie może być uznana za cenę rynkową tak w relacji do cen pozostałych wykonawców, jak i przedstawionych przez zamawiającego stawek rynkowych uwidocznionych na złożonych wydrukach z Internetu.

W ustalonych w czasie rozprawy okolicznościach sporu Izba uznała, że zamawiający niezasadnie dokonał oceny wyjaśnień odwołującego uznając te wyjaśnienia za niewystarczające, a w konsekwencji uznał cenę zaoferowaną przez odwołującego za rażąco niską.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....