

POSTANOWIENIE

z dnia 17 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 17 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2014 r. przez wykonawcę **Europa Express City Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Tarczyńska 22, 02-023 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie Spółka Akcyjna, Al. Jerozolimskie 144, 02-305 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;
- 2) koszty postępowania odwoławczego wzajemnie znosi;
- 3) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Europa Express City Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Tarczyńska 22, 02-023 Warszawa,** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar gminy Piaseczno z Warszawą”; ZTM - przetarg nieograniczony, nr postępowania 70/2013.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6.11.2013 r., nr 2013/S 215-374176.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

I. Wykonawca - Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany w skrócie „odwołującym” - wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego, zarzucając naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców Sekar Trans Sp. z o.o. (Sekar Trans) oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie S.A. (Polonus), mimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jest sprzeczne z wspólnotowym prawem dotyczącym wynagradzania osób świadczących pracę;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców Sekar Trans oraz Polonus, które zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zamawiający zaniechał wezwania ww. wykonawców do wyjaśnienia elementów ceny, które pozwoliły na złożenie ofert z zaproponowanymi cenami.

Odwołujący wskazał spełnienie przesłanki materialnoprawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniającej go do wniesienia odwołania, ponieważ oferta odwołującego - prawidłowa - zostałaby uznana za najkorzystniejszą, gdyby poprzedzające ją oferty, zostały odrzucone wskutek właściwego zastosowania przez zamawiającego naruszonych przepisów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia oceny ofert;
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert i odrzucenie ofert wykonawców Sekar Trans oraz Polonus ze względu na to, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień elementów ceny, które miały wpływ na jej wysokość potwierdzających, iż cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej;
- 3) wyboru, jako najkorzystniejszej oferty z ceną obliczoną bez naruszenia ww. przepisów, tj. oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana mu w dniu 22 stycznia 2014 r. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta Sekar Trans z ceną 2,75 zł/wozokilometr. Na drugiej pozycji została sklasyfikowana oferta Polonus z ceną 2,79 zł/wozokilometr. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji z ceną 4,89 zł/wozokilometr. Ponadto złożono jeszcze dwie oferty z cenami 5,40 zł oraz 7,02 zł.

Jedynym kryterium oceny ofert, zgodnie z SIWZ, była cena. Postępowanie toczyło się z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Ceny podane w ofertach wykonawców Sekar Trans oraz Polonus przed aukcją wynosiły odpowiednio:

- 1) Sekar Trans 4,96 zł/wozokilometr,
- 2) Polonus 4,95 zł/wozokilometr.

Odwołujący wskazał, że ponad dwukrotne obniżenie ceny w toku aukcji nie może pozostać pominięte przez zamawiającego. Winien on ustalić, czy cena nie jest niezgodna z zasadami jej kształtowania określonymi w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w przypadku braku możliwości samodzielnego ustalenia tego faktu, winien co najmniej zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienia, czy ceny ostatecznych postępień nie naruszają zakazu składania ofert z ceną rażąco niską.

Podniósł, że wykonawca składając ofertę w postępowaniu nie może mieć pewności, czy dojdzie do aukcji wymagającej odpowiedniej liczby niepodlegających odrzuceniu ofert. Winien więc pierwotną cenę oferty kształtować w sposób konkurencyjny, zbliżony do rynkowych warunków. Tak znaczne obniżenie ceny oferty w przypadkach objętych odwołaniem, skutkuje zaproponowaniem ceny poniżej kosztów ponoszonych na świadczenie usługi, będącej jednocześnie ceną rażąco różną od cen rynkowych.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W ocenie odwołującego, zamawiający bez konieczności uzyskiwania jakichkolwiek wyjaśnień ze strony wykonawców może ustalić, że cena na poziomie 2,75 - 2,79 zł za wozokilometr

(poziom ofert Sekar Trans i Polonus) w usłudze przewozu na warunkach takich jak opisane w SIWZ jest ceną, która nie może pokryć kosztów nabycia towarów i usług niezbędnych do wykonania zamówienia. Jest tym samym ceną dumpingową w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że istnienie w systemie prawnym (w art. 89 Pzp) dwóch odrębnych przesłanek odrzucania ofert (czyn nieuczciwej konkurencji w ust. 1 pkt 3 oraz ceny rażąco niskiej w ust. 1 pkt 4) powoduje, że zamawiający w przypadku czynu będącego proponowaniem ceny zbytu poniżej kosztów uzyskania, nie może abstrahować od przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 3, realizując wyłącznie obowiązki wynikające z przepisów o cenie rażąco niskiej.

Ocena, czy doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, polega na porównaniu kosztów ponoszonych przez wykonawcę do ceny jego oferty i jedynie cena wyższa lub równa kosztom wytworzenia (zakupu) nie będzie stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku usług przewozu, koszty ponoszone przez wykonawców działających na rynku mają w przeważającej części charakter stały i niezależny od indywidualnych okoliczności. Oferowanie świadczenia usług poniżej podstawowych kosztów tj. łącznych kosztów pracy, kosztów zakupu paliwa, kosztów obowiązkowego ubezpieczenia oraz amortyzacji i utrzymania taboru, będzie stanowić taki czyn i tym samym samoistną przesłankę odrzucenia oferty. Rynki właściwe do ustalenia koniecznych do poniesienia kosztów są rynkami o ograniczonym zakresie konkurencji.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie ponoszonych koniecznych kosztów: -usługi ubezpieczeń komunikacyjnych; -wynagrodzenia za pracę; -kosztów pracodawcy związanych z zabezpieczeniem minimalnego wynagrodzenia za pracę; -czasu pracy kierowców; -wymaganych minimum 7 pojazdów, jako niezbędnej ilości do wykonania usługi przewozu. Wskazując, że koszty rynkowe usługi, które są w istocie wyższe oraz biorąc pod uwagę wymagania wynikające z SIWZ, odwołujący uznał, że przy zaoferowanej przez wykonawców cenie jednostkowej: 1) Sekar Trans - 2,75 zł brutto (2,26 netto), 2) Polonus - 2,79 zł brutto (2,27 netto), - cena netto za zrealizowanie pełnej liczby wozokilometrów wyniesie: 1) Sekar Trans - 2.349.699,4 zł, 2) Polonus - 2.360.096,3 zł.

Tymczasem szczegółowo przedstawione w uzasadnieniu koszty, przy przyjęciu najniższych występujących na rynku wartości i bez uwzględnienia wyższych kosztów utrzymania i spalania większych pojazdów (wszystkie założenia przyjęto dla pojazdów mniejszych), są to koszty 4 236 020 zł netto, a więc przy liczbie wozokilometrów podanych w SIWZ (1 039 690),

aby koszty te pokryć niezbędne jest zaproponowanie stawki za wozokilometr, co najmniej 4,07 zł bez podatku VAT.

Stawki podane przez obu wykonawców, których dotyczy odwołanie, rażąco odbiegają od stawki pokrywającej koszty liczone przy najniższych (często nierealnych w praktyce) założeniach. Eliminuje tym samym z rynku przedsiębiorców, którzy działają zgodnie z rachunkiem ekonomicznym.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 Pzp.

O ile w ocenie Izby przedstawione dowody i argumentacja z punktu I nie są wystarczające do uznania, że złożenie ofert przez wykonawców Sekar Trans oraz Polonus stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - odwołujący wniósł o uznanie, że zamawiający przyjął oferty bez ustalenia, czy nie zawierają one ceny rażąco niskiej. Okoliczności rynkowe wskazane w pkt I, tj. w szczególności koszty eksploatacji i amortyzacji pojazdów, paliw, pracy, ubezpieczeń, podatku, stałego zarządu, sprawiają, że ceny zaproponowane przez obu wykonawców nie mogą być uznane za realistyczne.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych „Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08).

Powołał się na orzecznictwo Izby - „Za cenę rażąco niską należy uznać taką ceną, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień” (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt KIO 517/12).

Wskazał, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska”, w orzecznictwie KIO przyjmuje się, iż konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych, jak również do średniej cen ofert (wyroki: KIO/UZP 2604/10 z dnia 16 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2338/10 z dnia 10 listopada 2010 r., KIO/UZP 1663/10 z dnia 18 sierpnia 2010 r.). W innym orzeczeniu KIO stwierdziła: „Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i

rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 21 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1126/09). „Ustalając, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaofertowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe” (wyrok KIO z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1227/08).

Odwołujący zwrócił uwagę, że ceny Sekar Trans i Polonus rażąco odbiegają także od cen uzyskiwanych za 1 wozokilometr w podobnych przetargach na usługi przewozu. Dla przykładu wskazał 8 postępowań, w których oferowano stawki znacznie wyższe.

Wskazał, że postępowaniu objętym odwołaniem wartość zamówienia ustalono na kwotę 4 857 931 zł netto, co oznacza, że wynagrodzenie za 1 wozokilometr jakie do ustalenia tej wartości przyjęto, to ok. 4,8 zł (SIWZ zakłada że usługa wymaga przejechania 1 039 690 wozokilometrów). Różnica między wartością zamówienia, a ceną każdej z ofert jest ponad dwukrotna, a więc wyjaśnienie jej jest konieczne.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej powstaje już wówczas, gdy cena oferty odbiega choćby o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia (wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 117/10). Co więcej, „wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania ceny rażąco niskiej” (wyrok KIO/UZP 2338/10 z dnia 10 listopada 2010 r.). Konieczna jest dokładna analiza konkretnego przypadku.

W rozpoznawanej sprawie wykonawcy zaofertowali ceny wykonania przedmiotu zamówienia, które stanowiły ok. 55% kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (ceny wykonawców objętych odwołaniem - to ok. 2 860 000 zł, zaś kwota podana na otwarciu ofert to 5 246 566 zł). Mając na uwadze znaczną różnicę cen zaofertowanych przez tych wykonawców w stosunku do budżetu zamawiającego oraz cen zaofertowanych przez innych wykonawców, zamawiający zobowiązany był do wszczęcia trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia czy złożone oferty uwzględniają całokształt zobowiązań narzuconych przez zamawiającego, jak również czy wyceny poszczególnych elementów zostały wykonane należycie.

Mając na uwadze przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, określający okoliczności jakie zamawiający uwzględnia przy ocenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz

wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów) oraz fakt, że żadne z tych okoliczności nie są dostępne dla wykonawców Sekar Trans oraz Polonus, zamawiający zobowiązany był wezwać tych wykonawców do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie po ich zbadaniu, podjąć decyzję o odrzuceniu ofert, w przypadku potwierdzenia się podejrzeń rażąco niskiej ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzupełnieniu argumentacji odwołujący podniósł, że z obowiązku tego nie zwalania wykonawcy art. 91c ust. 1 Pzp, który stanowi, iż w toku aukcji nie stosuje się art. 89. Oznacza on jedynie, że w czasie aukcji nie odrzuca się postąpień z powodu jakiegokolwiek przesłanki (w tym z powodu zaniżonej ceny). Jednakże po zakończeniu aukcji art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 znajdują zastosowanie. Żaden przepis nie wyłącza też obowiązku stosowania art. 90 po zakończeniu aukcji elektronicznej, w wyniku której ceny budzą wątpliwości co do ich rynkowego charakteru.

II. Zamawiający w piśmie z dnia 6 lutego 2014 r. - odpowiedź na odwołanie - oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Wskazał jednocześnie, że w wyniku uwzględnienia odwołania, zamawiający:

- 1) unieważni ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty;
- 2) wezwie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wykonawców: Sekar Trans Sp. o.o. oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Polonus w Warszawie S.A. do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) podejmie dalsze czynności zgodnie z normą prawną przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 91, 92 i nast. ustawy.

W ocenie zamawiającego, zarzuty odwołującego sprowadzają w istocie do jednego zarzutu - zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Sekar Trans Sp. o.o. oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Polonus w Warszawie S.A. z uwagi na fakt, że ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy, w istocie dotyczy zaoferowanej przez ww. wykonawców ceny (ceny dumpingowej). Stąd w celu umożliwienia weryfikacji, czy kwestionowane przez odwołującego oferty zawierają rażąco niską cenę lub cenę dumpingową, zamawiający zwróci się do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, a następnie dokona oceny złożonych wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy i przeprowadzi ponownie ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że w przypadku odrzucenia ofert Sekar Trans Sp. o.o. oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Polonus w Warszawie S.A. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, znajdzie zastosowanie przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż oferty odwołującego oraz pozostałych uczestników postępowania przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

III. Krajowa Izba Odwoławcza.

Wobec zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie S.A., Prezes Izby wezwał tego wykonawcę do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, co do czynności zamawiającego, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania. Wykonawca złożył w określonym terminie oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę fakt, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego przystępujący wykonawca nie wniósł sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła przepis art. 186 ust. 3 i ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. Nr 41, poz. 238) i nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

.....

.....