

Sygn. akt: KIO 323/12

WYROK
z dnia 28 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Konwerga Sp. z o.o., ul. Gdyńska 31/33 lok. 321, 61-016 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na rażąco niską cenę i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Konwerga Sp. z o.o., ul. Gdyńska 31/33 lok. 321, 61-016 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań** na rzecz **Konwerga Sp. z o.o., ul. Gdyńska 31/33 lok. 321, 61-016 Poznań** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Poznań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę systemu monitoringu wizyjnego miasta Poznania w rejonach: ul. Zielonej, ul. Długiej, Bernardyńskiego, skrzyżowania ulic Grobla/ Mostowa i ulic Garbary/Wodna, ul. Małe Garbary, ul. Wolnica (Brama Wroniecka), ul. Solnej oraz al. Marcinkowskiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 grudnia 2011 r. pod numerem 331177-2011.

Odwołujący Konwerga sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez odrzucenie oferty - naruszenie art. 91 Ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ZETO S.A. w Poznaniu.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ZETO S.A. w Poznaniu. Zamawiający uznał, że analiza treści wyjaśnień Odwołującego nie pozwala na stwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Równocześnie uznał, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień, pomimo trzykrotnego wezwania go do złożenia wyjaśnień. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty nie sprecyzował powodów, dla których uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Nie przedstawił powodów, dla których zwrócił się o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 13 stycznia 2012 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zasugerował posłużenie się kalkulacją uproszczoną. Jednocześnie stwierdził, iż wyjaśnienie „[...] powinno zawierać wyszczególnienie elementów kosztotwórczych w szczególności zakresie robót budowlanych i prac projektowych”.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący się złożył wyjaśnienia. W ich treści przedstawił okoliczności mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Powołał się w nich pośród wielu m. in. na bogate doświadczenie w budowie zaawansowanych systemów monitoringu wizyjnego, fakt posiadania specjalnych warunków handlowych przyznanych przez producentów sprzętu, urządzeń i materiałów obowiązujących dla inwestycji związanych z rozbudową miejskiego systemu monitoringu w Poznaniu, okoliczności realizowania innych

prac. Dodatkowo, Odwołujący przedstawił wyszczególnienie kosztów elementów kosztotwórczych: prac projektowych, prac budowlanych oraz dostaw wszystkich urządzeń i elementów.

W dniu 20 stycznia 2012 r. Zamawiający zwrócił się o uszczegółowienie przedstawionych wyjaśnień, w szczególności odnośnie kwot przedstawionych w uproszczonym kosztorysie, stwierdzając, iż suma przybliżonych kwot znacząco odbiega od wartości netto oferty pozostawiając zbyt dużą dowolność interpretacji przez Odwołującego na etapie realizacji Zamawiający zwrócił się także o wyjaśnienie co do właściwego zrozumienia zakresu prac budowlanych wynikających z dokonanej analizy Programu funkcjonalno-użytkowego. Zamawiający poprosił o przedstawienie szczegółowego rozbiecia przedmiotowych prac budowlanych, które mieściły się w wartości netto „poniżej 200 000 zł” w uproszczonym kosztorysie. Odwołujący w dniu 23 stycznia 2012 r. złożył kolejne wyjaśnienia. W ich treści uszczegółowił kwoty ujęte w kosztorysie ofertowym. Zaznaczył, że utworzenie dokładnych kosztorysów ofertowych będzie możliwe dopiero po zakończeniu prac projektowych, które są przedmiotem postępowania. Dodatkowo Odwołujący przedstawił oświadczenia i oferty podmiotów trzecich, które w opinii Odwołującego dowodzą, iż wykonanie prac projektowych i robót budowlanych jest możliwe do uzyskania na rynku w kwotach oferowanych przez Odwołującego w złożonej ofercie.

Zamawiający w piśmie z dnia 30 stycznia 2012 r. stwierdził, że wyjaśnienia wymagają dalszego uszczegółowienia. Zażądał przedstawienia oraz oszacowania koniecznych do wykonania prac budowlanych w odniesieniu do każdego z celów jakim służyć mają poszczególne elementy.

Odwołujący w wyjaśnieniach napisał, iż kosztorys koniecznych do wykonania prac budowlanych został przekazany Zamawiającemu w piśmie z dnia 23 stycznia 2012 r., kosztorys ten został opracowany na podstawie Programu funkcjonalno-użytkowego i zawiera wycenę wszystkich koniecznych do wykonania robót budowlanych opisanych w tym Programie. Odwołujący zaznaczył, iż wykonanie szczegółowego kosztorysu, zgodnie z życzeniem Zamawiającego, będzie możliwe dopiero po przygotowaniu dokumentacji projektowej, co stanowi przedmiot niniejszego zamówienia i będzie realizowane na etapie wykonawstwa, a więc po zawarciu umowy. Odwołujący przedstawił ofertę, która potwierdza w opinii Odwołującego, że roboty budowlane mogą być wykonane za zaoferowaną przez Odwołującego cenę. Odwołujący przedstawił kolejną ofertę, w której firma Intronic - zadeklarowała możliwość wykonania prac budowlanych opisanych w Programie funkcjonalno-użytkowym za kwotę zbliżoną do zaoferowanej przez Odwołującego.

Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzucił przy tym Odwołującemu popełnienie błędów w złożonym w dniu 23 stycznia 2012 r. kosztorysie uproszczonym. W informacji o odrzuceniu nie wymienił błędów. Odwołujący podniósł także, iż

Zamawiający nie ustosunkował się do zastrzeżeń odnośnie kosztorysu.

W opinii Odwołującego Zamawiający błędnie zastosował przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący trzykrotnie składał wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W opinii Odwołującego, nawet jeśli Zamawiający uzna, iż ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę - powodem odrzucenia oferty nie może stanowić nie złożenie wyjaśnień.

Odwołujący podkreślał, iż złożone przez niego wyjaśnienia w żadnym stopniu nie pozwalają Zamawiającemu wyciągać wniosków, iż oferta złożona przez Odwołującego się zawiera rażąco niską cenę.

Dokonując wykładni gramatycznej pojęcia „rażąco” przy pomocy Słownika Języka Polskiego PWN, który opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, jedynym uprawnionym jest wniosek, iż oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w sposób oczywisty, bezsporny zaniżoną. Odwołujący podniósł, iż ta okoliczność nie została przez Zamawiającego wykazana. Co więcej, to Odwołujący uznał, iż wykazał, przez prezentowane dowody, iż nie mamy do czynienia z taką sytuacją.

Wartość przedmiotowego zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 618 000 zł netto, to jest brutto 760 140 zł. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego się opiewająca na kwotę 535 907 zł brutto, oraz ZETO S.A. opiewająca na kwotę 750 238 zł. Różnica pomiędzy wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku od towarów i usług a ceną oferty wynosi 29,5%. Różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego ceną zaoferowaną przez ZETO S.A. wynosi 28,6%. Powyższe w opinii Odwołującego nie jest wystarczające do uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską.

Odwołujący podkreślał, iż Zamawiający nie wyraził w żadnym miejscu wątpliwości, kładąc nacisk bardziej na formę otrzymywanych wyjaśnień, niż na ich merytoryczną treść.

Ponadto Odwołujący argumentował, że Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia zobowiązany jest wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny za poszczególne pozycje - gdzie w przedmiotowym postępowaniu uwaga Zamawiającego, w miarę udzielania kolejnych wyjaśnień przez Odwołującego ogniskowała się na wycenie prac budowlanych, stanowiących jedynie część zamówienia, wycenioną przez Odwołującego na kwotę poniżej połowy zaoferowanej ceny.

W ocenie Odwołującego Zamawiający otrzymał wystarczającą ilość informacji, aby można było uznać za udowodnione, że zaoferowana przez Odwołującego się cena nie jest ceną rażąco niską.

W niniejszym postępowaniu Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ZETO S.A. Izba uznała przystąpienie za bezskuteczne. Treść przystąpienia została

doręczona Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2012 r. Z treści oświadczenia Zamawiającego, jak również przedstawionego dokumentu z dnia 16 lutego 2012 roku wynika, iż kopia odwołania została przekazana wykonawcom w dniu 15 lutego 2012 roku. Zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Artykuł ten stanowi wprost, iż zgłoszenie należy doręczyć Prezesowi KIO w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym. Należy zatem uznać, iż w niniejszym postępowaniu termin na wniesienie przystąpienia upłynął w dniu 2012 roku. Na podstawie powyższego, Izba uznała, iż zgłoszenie przystąpienia, które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2012 roku, nastąpiło po terminie wskazanym w ustawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu, jest zainteresowany uchyleniem decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień co do okoliczności dotyczących zaoferowanej ceny, lub gdy złożone przez niego wyjaśnienia potwierdzą, że cena jest rażąco niska. Zamawiający powinien mieć pewność, że cena jest rażąco niska. Oznacza to, że w przypadku, gdy po złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach Zamawiający cały czas ma wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską, to art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje Zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga bowiem aby treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdzała, iż zaproponowana cena jest rażąco niska. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawcy co do zaoferowanej przez niego ceny. Ustawa wymaga pozytywnego potwierdzenia przymiotu ceny rażąco niskiej. W niniejszej sprawie Zamawiający trzykrotnie wzywał wykonawcę w zakresie wysokości zaoferowanej ceny. Okoliczność ta wskazuje, że Zamawiający miał poważne wątpliwości, czy zaoferowana cena może zostać uznana za cenę rażąco niską. Obowiązkiem Zamawiającego jest poza podaniem podstawy prawnej, również podanie uzasadnienia faktycznego, w tym przypadku Zamawiający

powinien wykazać, iż zaoferowana przez Odwołującego cena to cena rażąco niska. Do obowiązku Zamawiającego należy uzasadnienie podjętej decyzji

Cena ryczałtowa jest ceną globalną, dotyczącą wykonania wszystkich prac objętych zamówieniem. Okoliczność, że wartość jednego z elementów prac została wyceniona niżej niż wynika to z szacunków Zamawiającego, nie oznacza, że cała cena ofertowa jest ceną rażąco niską. Izba podziela pogląd, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010r., sygn. akt XIX Ga 175/10, w którym Sąd stwierdził m.in.: „(...) kryterium do ustalenia ceny „rażąco niskiej” nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia.”

Należy mieć na uwadze fakt, iż Zamawiający w kolejnych wezwaniach do wyjaśnień domagał się wyjaśnień szczegółowych do jednego z elementów cenotwórczych

Należy podkreślić, iż wykonawca winien wykazać okoliczności i czynniki, które przyczyniły się do ustalenia przez niego takiej, a nie innej ceny. Ustawa nie wymaga natomiast podawania przez wykonawców kosztorysów lub struktury ceny. Zamawiający nie ma oceniać poprawności wyliczeń dokonanych przez wykonawcę, ani też poszczególnych składników, jakie składają się na cenę oferty, gdyż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych nie ocenia się poszczególnych cen jednostkowych, lecz cenę całej oferty.

W przypadku, gdy Zamawiający żąda ceny ryczałtowej, brak jest podstaw do żądania szczegółów co do każdego elementu składającego się na kosztorys. Żądanie przez Zamawiającego coraz to bardziej szczegółowych kosztorysów (w szczególności na etapie przedprojektowym) jest żądaniem daleko idącym, gdyż Zamawiający nie żądał w treści SIWZ załączenia kosztorysów do oferty. Nie jest możliwe sporządzenie szczegółowego kosztorysu ofertowego na etapie przedprojektowym, a na takim etapie znajduje się obecnie postępowanie. Tym samym kosztorys sporządzony przez wykonawcę Odwołującego na potrzeby wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny może być kosztorysem wyłącznie przybliżonym.

Należy mieć także na uwadze okoliczność, iż Zamawiający nie wyjaśniał poszczególnych pozycji kosztorysu. Tym bardziej nieuzasadnione było odrzucenie z powodu rażąco niskiej ceny w przypadku gdy Zamawiający nie zbadał rzeczywistej zawartości kosztorysu. W kontekście zaś oświadczenia, iż wykonawca wykona całość zamówienia za wskazana cenę

brak było podstaw do uznania, iż wyjaśnienia odwołującego potwierdzają rażąco niską cenę.

Zamawiający wyjaśniał, iż wnosił o uszczegóławianie kosztorysu chcąc mieć pewność co do kompletności zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Jednakże z treści wezwania w dniu 3 lutego 2012 roku o złożenie wyjaśnień nie wynika wprost stwierdzenie, aby Wykonawca miał wyjaśnić zawartość kosztorysu pod kątem jego zgodności z programem funkcjonalno – użytkowym. Nie jest bowiem w powyższy sposób zrozumiane stwierdzenie: „(..) oszacowanie koniecznych do wykonania prac budowlanych w odniesieniu do każdego z celów jakim służyć mają poszczególne elementy”. Z treści skierowanego do Odwołującego zapytania z dnia 3 lutego 2012 roku nie wynika, czego w istocie żądał Zamawiający od Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie tylko złożył wyjaśnienia, ale także przedstawił okoliczności, które wskazywały czynniki mające wpływ na wysokość ceny – wypełniając dyspozycję art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Trudno wyobrazić sobie, jakie jeszcze okoliczności, inne niż przedstawione w wyjaśnieniach, mogą mieć wpływ na kształtowanie ceny. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego napisał, iż oczekiwał umotywowanych i popartych dowodami wyjaśnień. Zamawiający nie zwracał się jednak o dodatkowe dowody na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. Ustawa nie przewiduje konieczności przedstawiania szczególnych dowodów, stwierdza jedynie o przedstawianiu wyjaśnień.

Ponadto Zamawiający nie udzielił w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego informacji, jakie dokładnie zarzuty wskazuje pod adresem złożonych wyjaśnień, jakie to rażące błędy zawiera kosztorys.

Cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Cena, jaką zaproponował Odwołujący jest ceną rynkową, co może potwierdzać fakt, iż Odwołujący przedstawił oferty innych wykonawców, wskazujące na możliwość wykonania zamówienia za cenę, jaka wynika z kosztorysu. Odwołujący wskazał na inne możliwości, które wpłyną na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, takie jak doświadczenie, czy realizacja zamówień o podobnym charakterze w przeszłości jak i na obecnym i przyszłym etapie, co również przełoży się na zmniejszenie kosztów.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż, jak stwierdził (o czym mowa powyżej), brak jest wyjaśnień Odwołującego. Jednakże, jak wskazano wyżej, Odwołujący wyjaśnienia te złożył. Sposób odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje zatem umocowania w

ustawie, a więc nie może zostać uznany za prawidłowy. Ustawa bowiem stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień (jak wskazano powyżej okoliczność ta nie została potwierdzona w toku postępowania) lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie potwierdził nie tylko faktu, iż wyjaśnienia Odwołującego nie zostały złożone, nie są wystarczające, ale także, że dokonana ocena wyjaśnień Odwołującego pozwala na uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....