

WYROK

z dnia 13 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2013 r. przez **R..... K....., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOTOP w Poczesnej** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wręczyca Wielka**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Wręczyca Wielka** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez **R..... K....., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOTOP w Poczesnej** i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wręczyca Wielka** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **R..... K....., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOTOP w Poczesnej** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Gminy Wręczyca Wielka** na rzecz **R..... K....., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOTOP w Poczesnej** kwotę **13 951 zł 32 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych trzydzieści dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

.....

Sygn. akt: KIO 956/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wręczyca Wielka – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na unieszkodliwienie azbestu z budynków z terenu Gminy Wręczyca Wielka.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 24 kwietnia 2013 roku R..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOTOP w Poczesnej (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jej oferty.

Odwołująca zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

- - art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującej, mimo że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- - art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty i wyjaśnień udzielonych przez odwołującą, polegającą w szczególności na:
 - - poddaniu ocenie, pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, wyłącznie ceny jednego ze składników oferty, tj. „Odbioru 1 Mg (tony) płyt azbestowych (falistych i płaskich), obejmującego: pakowanie, załadunek, transport na przystosowane składowisko oraz utylizację” zamiast całej ceny za realizację przedmiotu zamówienia,
- przyjęciu, że wyjaśnienia odwołującej są niewystarczające,
- pominięciu obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość oferowanej ceny jednego ze składników, między innymi sformułowanego przez zamawiającego w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny oraz opisu kryteriów, którymi zamawiający kierował się przy wyborze oferty; wieloletniego doświadczenia odwołującej w zakresie przedmiotu zamówienia, specyfiki samego zamówienia. Zakres zamówienia został określony w rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 2 pkt. 1 i 2 SIWZ w następujący sposób:

„2. Zakres zamówienia:

- 1) Demontaż płyt azbestowych (falistych i płaskich) z pokryć dachowych i elewacji budynków.
- 2) Odbiór zdemontowanych płyt azbestowych (falistych i płaskich) oraz płyt azbestowych zdjętych wcześniej obejmujący: pakowanie, załadunek, transport na przystosowane składowisko oraz utylizację.

Zgodnie z powyższym, specyfika zamówienia sprowadza się do tego, iż odbiór zdemontowanych płyt (wymieniony w pkt. 2) może odbyć się tylko po uprzednim ich demontażu przez Wykonawcę (wymieniony w pkt. 1). W podobny sposób kształtuje się sposób rozliczania należności z tytułu wykonanego zamówienia - cena uiszczana będzie łącznie za całe zamówienie (rozdział XII pkt. 4 SIWZ).

Wobec powyższego odwołująca wniosła o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującej i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- dokonania wyboru oferty odwołującej jako najkorzystniejszej.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, w rozdziale XII pkt. 14 SIWZ (zmieniony pismem zamawiającego z dnia 20.03.2013r.) określił, że kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty będzie:

„Cena brutto za demontaż 1 m² pokrycia dachowego z płyt azbestowych; odbiór, transport i utylizacja 1 Mg zdjętych płyt azbestowych oraz odbiór, transport i utylizacja 1 Mg zmagazynowanych na posesji płyt azbestowych” .

Zamawiający w rozdziale III pkt 5 SIWZ oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych (Nr 103304-2013) nie dopuścił składania ofert częściowych, a jako wyłączną przesłankę wyboru najkorzystniejszej oferty wskazał ww. kryterium, dodając, iż: ”Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyskała największą ilość punktów z sumowania wszystkich wymienionych pozycji” (rozdział XII pkt. 15 SIWZ). W SIWZ zamawiający, określił również wzór do obliczania liczby punktów przyznanych każdej z ofert oraz uściślił, iż ofertą najkorzystniejszą będzie ta, która uzyska „sumę najwięcej zebranych punktów za poszczególną wycenę usług”.

Odwołująca złożyła ofertę, w której zaoferowała:

- 1) Demontaż 1 m² płyt azbestowych (falistych i płaskich) z pokryć dachowych i elewacji za cenę: cena netto – 16,00 zł/m², cena brutto – 17,27 zł/m²
- 2) Odbiór 1 Mg (tony) płyt azbestowych (falistych i płaskich), obejmujący pakowanie, załadunek, transport na przystosowane składowisko oraz utylizację za cenę: cena netto – 1,00 zł/Mg, cena brutto – 1,08 zł/Mg
- 3) Odbiór 1 Mg (tony) płyt azbestowych (falistych i płaskich) zmagazynowanych na posesjach, obejmujący: pakowanie, załadunek, transport na przystosowane składowisko oraz utylizację za cenę: cena netto – 265 zł/Mg, cena brutto – 286,20 zł/Mg

Pismem z dnia 5.04.2013 r. zamawiający wezwał odwołującą do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty, dotyczących ceny przedstawionej w ofercie za wykonanie Odbioru 1 Mg (tony) płyt azbestowych (falistych i płaskich), obejmującego: pakowanie, załadunek, transport na przystosowane składowisko oraz utylizację.

Odwołująca w piśmie z dnia 9 kwietnia 2013 roku wyjaśniła, iż kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty będzie łączna cena brutto za całe zamówienie wobec czego niezasadnym jest ocenianie, pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, wyłącznie ceny jednego ze składników oferty, tj. „Odbioru 1 Mg (tony) płyt azbestowych (falistych i płaskich), obejmującego: pakowanie, załadunek, transport na przystosowane składowisko oraz utylizację”, podczas gdy w rozdziale XII pkt. 15 SIWZ zamawiający podaje, iż oferty będą oceniane całościowo. Odwołująca poinformowała jednocześnie, iż posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie przedmiotu zamówienia, poparte licznymi referencjami, wskazującymi na posiadane odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie oraz środki na wykonywanie tego typu prac. Wskazała, że podobne ceny podawała już wielokrotnie w innych przetargach i nie budziły one zastrzeżeń.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2013 r. zamawiający poinformował odwołującą o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż odrzucił w przedmiotowym postępowaniu ofertę odwołującej, a jako podstawę wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający podał, iż: „zgodnie z art. 89 ust.1 pkt4 Pzp, odrzucił ofertę, której jeden ze składników zawierał rażąco niską cenę w stosunku do pozostałych”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołująca jest uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarówno ustawa Pzp, jak również Dyrektywy Unii Europejskiej nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa istotne jest to, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z „rażąco niską ceną” należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty. Wniosek taki wypływa wprost z literalnego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś w stosunku do pewnej części (w tym przypadku ceny jednostkowej) przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko zajął również Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 24 marca 2005 roku oraz Sąd Okręgowy w Poznaniu w dniu 17 stycznia 2006 roku.

Zobowiązanie się zamawiającego do zapłaty ceny należy do przedmiotowo istotnych składników umowy sprzedaży. Kodeks cywilny nie definiuje ceny, określa ją natomiast art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach, stanowiąc, że ceną jest wielkość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą nabywca obowiązany jest zapłacić sprzedawcy za towar lub usługę. Z powyższego wynika, iż ceną jest wielkość określona przez strony w umowie, a w przypadku udzielania zamówienia publicznego, musi ona wynikać ze złożonej oferty. Przytoczona wyżej definicja oznacza, że poszczególne składniki ceny samą ceną jednak nie są. Ustalenie jednego czy kilku z nich na niższym poziomie nie przesądza o tym, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę. Aby mówić o rażąco niskiej cenie musi ona w sposób zauważalny odbiegać *in minus* zarówno od cen innych złożonych ofert, jak i ustalonej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, przy czym zawsze należy brać pod uwagę cenę globalną, powstałą w wyniku podliczenia jej wszystkich elementów składowych. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie zamawiający nie podnosił, iż ogólna cena odwołującej jest zaniżona, ale wskazywał na rażąco zaniżony jeden z jej elementów.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż to nie łączna cena stanowiła podstawę oceny oferty. Na co innego wskazują bowiem postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający ustalił bowiem kryterium oceny ofert jako łączną cenę brutto za demontaż 1 Mg pokrycia dachowego z płyt azbestowych i odbiór, transport i utylizację 1 Mg płyt azbestowych, za co można było uzyskać maksymalnie 300 punktów. Wskazał ponadto, iż za ofertę najkorzystniejszą uznana zostanie oferta, która uzyska

największą ilość punktów z sumowania wszystkich wymienionych pozycji. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż kryterium oceny ofert stanowiła cena globalna, nie zaś poszczególne jej wskaźniki.

Odmierna interpretacja byłaby zresztą nie do przyjęcia. W myśl art. 91 ust. 2 ustawy Pzp są kryteriami oceny ofert są bowiem cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż kryterium oceny ofert może być jedna cena, nie zaś kilka cen, czy też poszczególne składniki ceny. Tym samym taka interpretacja zapisów specyfikacji jaką przyjął zamawiający, pozostaje w sprzeczności ze wskazanym przepisem.

Izba nie zgadza się z argumentacją zamawiającego podniesioną na rozprawie, iż cena za usługi wskazane w pkt 2 i 3 oferty, tj. cena za odbiór 1 Mg (tony) płyt azbestowych (falistych i płaskich) i cena odbiór 1 Mg (tony) płyt azbestowych (falistych i płaskich) zmagazynowanych na posesjach, powinna być jednakowa. Wymóg tak nie został przez zamawiającego nigdzie zastrzeżony, jak również nie wynika z żadnego przepisu ustawy Pzp. Wykonawca wcale nie ma obowiązku oferowania takiej samej ceny za jednakowe czy podobne usługi. Wykonawca sporządza ofertę na podstawie własnych kalkulacji i danych wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia i w taki też sposób ustala składniki cenotwórcze. Wymóg, by pewne składniki mające wpływ na cenę były sobie równe jest zbyt daleką ingerencją zamawiającego w treść ofert wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

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

.....