

Sygn. akt: KIO 1292/12

WYROK
z dnia 2 lipca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2012 roku przez wykonawcę Albina Miąskowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Art. Service Albin Miąskowski w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Gdańską w Gdańsku

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Albina Miąskowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Art. Service Albin Miąskowski i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Albina Miąskowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Art. Service Albin Miąskowski tytułem wpisu od odwołania;
 - b) zasądza od wykonawcy Albina Miąskowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Art. Service Albin Miąskowski na rzecz Politechniki Gdańskiej w Gdańsku kwotę 339 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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 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 Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Gdańska - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest . na usługę konserwacji i naprawy kserokopiarek i urządzeń wielofunkcyjnych użytkowanych przez jednostki organizacyjne Politechniki Gdańskiej
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 maja 2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod pozycją 168156.

15 czerwca 2012 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Albina Miąskowskiego prowadzącego działalność pod firmą Art. Service Albin Miąskowski w Gdyni na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp,.

Wobec czynności odrzucenia oferty wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący wskazał na naruszenie z art. 89 ust. 1 pkt 4. art.90 ust. 2 i art. 91 ust. 1 Pzp i wniósł o:

- przeprowadzenie dowodu z dokumentacji cenowo-rozliczeniowej zamawiającego obejmującej wartość świadczenia opisanych w zamówieniu usług w okresie od czerwca 2011r. do czerwca 2012r. ze wskazaniem na cenę jednostkową konserwacji i roboczogodziny dla urządzeń CANON, jak też wskazania łącznej wartości obrotów pomiędzy zamawiającym a obecnym wykonawcą usług w tym okresie;
- przeprowadzenie dowodu z dokumentów (zaświadczeń) potwierdzających: nabycie przez odwołującego uprawnień do zwolnienia z obowiązku opłacania ubezpieczenia społecznego, brak zgłoszonych do ZUS pracowników, nabycie przez odwołującego uprawnień do bezpłatnych przejazdów komunikacją miejską w obszarze aglomeracji trójmiejskiej (dla osób powyżej 70 roku życia), zwolnienie odwołującego z obowiązku opłacania podatku VAT (wniosek z dnia 18 czerwca 2012 roku zostanie rozpoznany w terminie 7 dni od daty złożenia);
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na odrzuceniu oferty odwołującego w części 2 postępowania, unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 2 zamówienia, dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem

oferty odwołującego dla części 2 zamówienia, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że jego obroty pozwalają na skorzystanie ze zwolnienia podmiotowego, zaś prognozowana wartość usług w okresie 2012 - 2013 nie powinna przekroczyć 100.000 zł. Sytuacja ekonomiczno - fiskalna odwołującego (w szczególności zwolnienie podmiotowe z VAT oraz wykorzystanie tzw. karty podatkowej w zakresie podatku dochodowego) pozwala zakładać, że również w przypadku realizacji zamówienia nie dojdzie do przekroczenia limitów tzw. zwolnienia podmiotowego z VAT. Ryzyko w tym względzie obciąża jednak odwołującego.

Odwołujący wywiódł, że zadośćuczynił potrzebie wyjaśnienia jego sytuacji ekonomicznej, na tyle na ile było to wymagane procedurą przetargową. Zarzucił, że zamawiający nie może żądać od wykonawców przedłożenia dodatkowych dokumentów, innych niż wyraźnie wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oferowana wartość usługi nie różniła się w żadnej mierze od ceny usługi netto w ramach umowy wiążącej zamawiającego w chwili rozpoczęcia procedury przetargowej.

Odwołujący oświadczył, że ewentualne uwzględnienie jego oferty (bez podatku VAT) nie prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Podkreślił, że nie tylko realnie spełniał na dzień otwarcia ofert wszystkie wymogi udziału w przedmiotowym postępowaniu, postawione przez zamawiającego, w tym w szczególności wymóg dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, ale ponadto złożył rzetelne i wiarygodne wyjaśnienia, w szczególności w kontekście katalogu dokumentów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w rozporządzeniu ws. dokumentów.

Artur Gerwin prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FAXNET Artur Gerwin w Gdańsku zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego. Wobec wpłynięcia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej z uchybieniem 3-dniowego terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 Pzp Izba uznała przystąpienie za bezskuteczne.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania. Odwołujący cofnął żądanie dotyczące wadium i okazał kopię decyzji z 21 czerwca 2012r. O zwolnieniu z podatku VAT..

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179

ust. 1 Pzp – potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pkt XII.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał, aby cena brutto obejmowała wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami wytycznymi określonymi przez zamawiającego, odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, w tym również zysk wykonawcy oraz wymagane przepisami podatki i opłaty. Zgodnie z pkt XII.7 wykonawca był zobowiązany podać ceny brutto za wykonanie konserwacji kserokopiarek w okresie 18 miesięcy oraz ceny brutto jednej roboczogodziny (stawki roboczogodziny).

W pkt XII.3 zamawiający ustalił cenę jako jedyne kryterium ceny ofert.

Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający zasadnie wystąpił do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w trybie przywołanego przepisu. Wartość przedmiotu zamówienia oszacowana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania wynosi 40.800 zł (z podatkiem VAT 50.184 zł). Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, iż przyjął, że na konserwację i naprawę przypada kwota 25.092 zł, a na części zamiennie 25.092 zł. tymczasem odwołujący złożył ofertę z ceną 1.487, 50 zł z czego cena za robocizny za naprawy wynosi 595, 50 zł, cena jednostkowa (stawka roboczogodziny) wynosi 3,50 zł i tyle samo za konserwację. Wartość oferty za konserwację i naprawy to 5,93% wartości zamówienia z podatkiem VAT oraz 52,96% przy uwzględnieniu szacowanej wartości części zamiennych. Okoliczność, że zamawiający – jak oświadczył na rozprawie - płaci aktualnemu wykonawcy wynagrodzenie jednostkowe na poziomie oferty odwołującego (różnica wynosi, z uwzględnienia przez wykonawcę stawki VAT) nie powoduje *per se*, że zamawiający nie może żądać wyjaśnień elementów mających wpływ na cenę oferty odwołującego, ani tym bardziej, że cena tej oferty została skalkulowana prawidłowo. Wnioskowany dowód – dotyczący zresztą okoliczności niespornej między stronami – wskazuje jedynie poziom wynagrodzenia obecnego wykonawcy, nie potwierdza natomiast, że jest to cena zgodna z realiami rynku. W badanym postępowaniu zamawiający otrzymał 5 ofert. Cena oferty odwołującego odnoszona do średniej ceny tych ofert w zakresie w zakresie robocizny to 9,41%, z uwzględnieniem kosztów części zamiennych to 64,98%.

Należy zauważyć, że zgodnie z wykładnią językową art. 90 ust. 1 Pzp punktem odniesienia przy analizie ceny oferty jest przedmiot zamówienia, a nie jedynie jego wartość. Oznacza to, że zamawiający jest uprawniony do zwrócenia się o wyjaśnienia elementów

oferty mających wpływ na jej cenę, w każdym przypadku, gdy poweźmie wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania zamówienia przez danego wykonawcę za cenę wskazaną w ofercie.

Prezentowany pogląd potwierdza również wykładnia celowościowa art. 90 ust. 1 Pzp. *Ratio legis* instytucji wyjaśniania ceny oferty jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Dla uzyskania racjonalnej pewności, że dany wykonawca wywiąże się prawidłowo ze swego zobowiązania, posłużenie się samym kryterium arytmetycznym (relacji ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia) może być zawodne. Oczywiste i poparte doświadczeniem życiowym jest stwierdzenie, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia znajdują się w różnej sytuacji ekonomicznej i finansowej, różni ich też organizacja prowadzonych przedsiębiorstw. Cena za którą jeden wykonawca może wykonać zamówienie zgodnie z treścią zobowiązania zawartego w ofercie i osiągnąć zysk, dla innego wykonawcy będzie niewystarczająca, aby umowę w sprawie zamówienia publicznego wykonać należycie i bez straty na prowadzonej działalności gospodarczej.

Skoro zamawiający powziął wątpliwości, co do ceny oferty i występuje do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, to winien w treści wezwania wskazać wykonawcy, jakich informacji oczekuje. Nakazują to zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp. Żądanie wyjaśnień rodzi doniosłe skutki prawne – niezłożenie wyjaśnień przez wykonawcę lub udzielenie wyjaśnień niewystarczających prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem wyrażanym przez Sądy Okręgowe złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości zamawiającego zrównane jest w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle.

Istotne jest zatem, aby wyjaśnienia precyzyjnie odnosiły się do kwestii istotnych dla zamawiającego. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy z treści wezwania będzie jasno wynikać, jakie wątpliwości zamawiający powziął w toku badania wysokości ceny oferty.

Na konieczność precyzyjnego formułowania wezwania wskazał również Trybunał Sprawiedliwości wyroku z 29 marca 2012 r. ([sygn. akt. C-599/10](#)).

Zamawiający postąpił zgodnie z przywołanymi zasadami. W wezwaniu do wyjaśnień ceny skierowanych do odwołującego pismem z 6 czerwca 2012r. wskazał, że oczekuje przedstawienia kalkulacji cen jednostkowych za jednorazową konserwację kserokopiarek i urządzeń wielofunkcyjnych – 3,50 zł oraz kalkulację stawek roboczogodzin z tytułu naprawy sprzętu – 3,50 zł uwzględniające wszystkie elementy cenotwórcze. Nakazał wskazanie: kosztów robocizny ubezpieczenia społecznego, dojazdu podatku VAT, zysku i innych kosztów.

Żądanie zamawiającego było jasne i precyzyjne.

Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest złożenie wyjaśnień precyzyjnych, należycie umotywowanych, rozpraszających wątpliwości zamawiającego. Oczywistym jest, że wyjaśnienia winny czynić zadość żądaniom wskazanym w wezwaniu.

Jeżeli odwołujący uznał, że został wezwany bezpodstawnie lub żądania zamawiającego zawarte w treści wezwania są nadmierne, winien w stosownym czasie wnieść odwołanie. Nie budzi wątpliwości Izby, że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest samoistną czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, od której przysługują środki ochrony prawnej.

Odwołujący nie wniósł odwołania wobec czynności wezwani go do złożenia wyjaśnień ceny oferty, zatem złożone przez niego wyjaśnienia podlegają ocenie zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp .

W toku postępowania o udzielenie zamówienia ciężar wykazania zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy. W postępowaniu odwoławczym wobec odrzucenia oferty przez zamawiającego - zgodnie z zasadą wynikającą z art. 6 k.c., powtórzoną w art. 190 ust. 1 Pzp – ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym, z tym jednak zastrzeżeniem, że ocenie podlega prawidłowość oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Należy podkreślić, że zamawiający jest zobowiązany dokonać oceny złożonych wyjaśnień z uwzględnieniem, czy ich zakres odpowiada treści żądania.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego.

Po pierwsze: wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie odpowiadają treści wezwania.

Odwołujący w piśmie z 8 czerwca 2012r. nie przedstawił żądanej przez zamawiającego kalkulacji. Powołał jedynie czynniki odnoszące się do kosztów pracy ludzkiej w postaci: braku ponoszenia kosztów na ubezpieczenie społeczne oraz kosztów pośrednich (podatków dochodowych, VAT, kosztów wynagrodzeń pracowników na poziomie płacy minimalnej), wykonywanie serwisu u zamawiającego i brak ponoszenia kosztów dojazdu z tytułu zwolnienia właściciela z ich ponoszenia ze względu na wiek, posiadanie własnego lokalu oraz małe koszty obsługi księgowej.

Brak adekwatnej odpowiedzi na treść wezwania – nie przedstawienie wymaganej kalkulacji oraz zaniechanie odniesienia się do wszystkich elementów wymaganych przez zamawiającego w tym zysku oraz kosztów materiałowych - oznacza, że nie zostały złożone wyjaśnienia rozpraszające wątpliwości zamawiającego, które legły u podstaw wezwania. Zatem nie mogą potwierdzać prawidłowej kalkulacji ceny oferty. Wskazywanie dopiero na etapie rozprawy, na prawidłową kalkulację cen materiałów z uwago na dokonywane zakupy hurtowe jest działaniem spóźnionym. Zamawiający stosownie do wymagania art. 90 ust. 1 Pzp wyznaczył wszak termin na złożenie wyjaśnień. Wyjaśnienia złożone na rozprawie - po upływie wyznaczonego terminu nie mogą być uwzględnione bez obrazy art. 7 ust. 1 Pzp.

Tym bardziej zamawiający nie może ponawiać wezwania i żądać kolejnych wyjaśnień od odwołującego, gdyż stawiałoby to odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do dwóch pozostałych wykonawców, którzy też zostali wezwani do złożenia wyjaśnień.

Wbrew twierdzeniom odwołującego – wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę – nie odwołują się w żaden sposób do oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Odwołujący myli ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej z badaniem formalnym oferty pod kątem możliwości zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Po drugie: art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że zamawiający oceniając ofertę bierze pod uwagę 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.

Wskazane przez odwołujące czynniki dotyczące sposobu prowadzenia przez niego działalności bez wątplenia mają charakter sprzyjających warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Izba uznała je jednak za niewystarczające, gdyż nie został wskazany ich wpływ na cenę oferty – możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Nadto w dniu udzielania wyjaśnień odwołujący nie dysponował jeszcze decyzją z Urzędu Skarbowego. Nieopłacanie podatku dochodowego ma charakter typowo hipotetyczny, podobnie jak samodzielne wykonywanie zamówienia. Sam odwołujący przyznał w wyjaśnieniach, że może podzlecać część prac. Cena płacona podwykonawcom nie została podana na dzień składania wyjaśnień.

Ocena czynności zamawiającego jest dokonywana przez Izbę według stanu rzeczy istniejącego w dacie wykonania czynności. Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za cenę zadeklarowaną w ofercie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp uwzględniając koszty dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa – pełnomocnika zamawiającego zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: