

Sygn. akt: KIO/358/11

WYROK

z dnia 2 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 lutego 2011 r. przez **Tomasza Napiórkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NATRA ul. Puławska 42A, 02-559 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto i Gmina Jabłonowo Pomorskie - Urząd Miasta i Gminy ul. Główna 28, 87-330 Jabłonowo Pomorskie,**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Tomasza Napiórkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NATRA ul. Puławska 42A, 02-559 Warszawa i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Tomasza Napiórkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NATRA ul. Puławska 42A, 02-559 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto i Gmina Jabłonowo Pomorskie - Urząd Miasta i Gminy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Budowa kanalizacji sanitarnej dla wsi Konojady etap I”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 11 851 w dniu 11 stycznia 2011 r.

W dniu 18 lutego 2011 r. zamawiający powiadomił wykonawcę Tomasza Napiórkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NATRA z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż cena tej oferty w sposób rażąco niski odbiega od cen pozostałych ofert. Stwierdził, że przeanalizowano elementy oferty, które miały wpływ na wysokość ceny i porównano z cenami tożsamyh elementów ustalonymi w kosztorysie inwestorskim oraz cenami średnimi pozostałych ofert. Zamawiający wskazał w szczególności, iż cena przepompowni zbiorczyh i strefowych (PZ III, PZ IV, PZ II, PS I, PS II) mająca wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w stosunku do wyceny zamawiającego oraz średnich cen pozostałych ofert, jak i najniższej ceny pozostałych ofert jest 5-krotnie niższa. Wykonawca nie złożył żadnych dokumentów i wyjaśnień, z których wynikałoby przyjęcie oszczędnej metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia oraz oryginalność projektu wykonawcy. Zdaniem zamawiającego, wybór tej oferty nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, zgodnie z dokumentacją i specyfikacjami technicznymi. Cena oferty firmy NATRA stanowi 67,7% średniej ceny pozostałych ofert oraz 77,4 % średniej ceny najniższych zbliżonych do siebie 6 ofert oraz 68,1 % wartości zamówienia, ustalonej przez zamawiającego w oparciu o kosztorys inwestorski.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec: czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Zakład Ogólnobudowlany IZOSAN. Zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że zamawiający w wezwaniu z dnia 31 stycznia 2011 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień wyłącznie w zakresie wymienionych

pozycji kosztorysowych 1.7 – 1.11. Zamawiający oczekiwał odpowiedzi w jaki sposób oraz w oparciu o urządzenia jakich producentów skalkulowano ceny tych pozycji i czy są one równoważne z zastosowanymi w projekcie budowlanym. Złożone wyjaśnienia dotyczyły więc wyłącznie wymienionych w wezwaniu pozycji. Zamawiający nie uznał wyjaśnień odwołującego i odrzucił ofertę na podstawie porównania wartości pozycji wg stworzonych przez siebie grup podmiotowych.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnosi się do ceny oferty, a nie do ceny elementów, zwłaszcza w przypadku ceny ryczałtowej. Odwołujący wskazał, iż do oferty załączył kosztorys ofertowy, choć nie był on wymagany, dlatego nie musiał przedstawiać dodatkowych dowodów w jaki sposób wyliczył ceny poszczególnych przepompowni. Wyliczył je w oparciu o przedmiary zamawiającego na podstawie przykładowych podstaw wyceny. Stwierdził, iż gdyby został prawidłowo wezwany do złożenia wyjaśnień, to ustosunkowałby się do ustawowych kryteriów, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp odnoszących się do ceny oferty. Zawężenie w wezwaniu zakresu wyjaśnień wprowadziło wykonawcę w błąd. Ponadto, zamawiający nie udowodnił, iż wybór oferty odwołującego nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. Wykonawca zmniejszone ceny niektórych elementów oferty może pokryć zwiększonymi cenami innych elementów i wskutek tego cena całej oferty nie będzie rażąco niska, a wykonanie zamówienia przyniesie zysk. Odwołujący podniósł także, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która zawiera wyższą cenę niż oferta odwołującego, a zatem nie jest najkorzystniejsza.

Zamawiający złożył w dniu 2 marca 2011 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu wskazał, że niska cena oferty odwołującego w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert (67,7%) i średniej ceny najniższych zbliżonych do siebie sześciu ofert (77,4 %) oraz ceny ustalonej przez zamawiającego w oparciu o kosztorysy inwestorskie (68,1 %) wzbudziła wątpliwości zamawiającego. Dlatego też przystąpił on do analizy poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na wysokość ceny oferty. Z dokonanej analizy wynikało, że odwołujący w sposób drastyczny obniżył koszty elementów dotyczących przepompowni zbiorczych i strefowych. Są to w części ceny niższe o ponad 86 % od cen ustalonych przez zamawiającego (np. PS I) lub przynajmniej o 75 % w przypadku innych elementów. Powyższe odchylenia musiały podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. Zdaniem zamawiającego, z przepisu tego wynika obowiązek zamawiającego do określenia konkretnych kwestii, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego w kontekście rażąco niskiej ceny oferty. Podkreślił przy tym, że to wykonawca ma obowiązek dowiedzenia,

że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że oceniając wyjaśnienia wykonawcy wziął pod uwagę wszystkie znane mu czynniki obiektywne, które mogły mieć wpływ na takie skonstruowanie ceny oferty odwołującego. Jednak złożone wyjaśnienia budziły szereg wątpliwości. Odwołujący nie udowodnił w żaden sposób dlaczego poszczególne elementy jego oferty tak drastycznie odbiegają od cen ustalonych przez zamawiającego oraz w innych ofertach. Wykonawca ma prawo użyć wszelkich dostępnych i legalnych argumentów potwierdzających prawidłowość skonstruowanej przez niego ceny oferty, a zamawiający ma prawo i obowiązek ocenić jego wyjaśnienia w odniesieniu do wszystkich czynników cenotwórczych za pomocą transparentnych reguł. Zamawiający uznał, że cena zaoferowana przez odwołującego jest nierealna i nie gwarantuje rzetelnego wykonania zamówienia, ponieważ została określona na poziomie rażąco niskim w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, iż z należytą starannością i powagą przeprowadził przedmiotowe postępowanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone w toku rozprawy przez strony oraz ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący wykazał bowiem, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę z 12 ofert złożonych w postępowaniu, zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i w konsekwencji art. 91 ust. 1 Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

W przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności skalkulowania ceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zauważyć należy, że procedura powyższa powinna mieć zastosowanie w przypadku wątpliwości uzasadnionych, tj. wynikających z obiektywnych okoliczności. Za wystarczające uzasadnienie do wezwania należy uznać wątpliwości powstałe na skutek

np. porównania ceny danej oferty do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub średnich cen rynkowych lub też wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego.

Kalkulacja ceny oferty opiera się zwykle na wielu elementach. Decydujący dla wysokości ceny oferty jest zawsze poziom przyjętych kosztów poszczególnych elementów mających znaczenie dla kalkulacji ceny, niezależnie od ich ilości. Nawet jeden element oferty może mieć decydujący wpływ na obniżenie ceny całej oferty w taki sposób, że cena oferty nie pokryje rzeczywistych kosztów wykonania danego zamówienia (cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia). Zamawiający formułując wezwanie do złożenia wyjaśnień powinien, o ile to możliwe, jasno w wezwaniu określić, które elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oferty wzbudziły jego wątpliwości, a zatem podać uzasadnienie faktyczne kierowanego wezwania.

Wobec otrzymania przez wykonawcę wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp po stronie wykonawcy powstaje obowiązek złożenia wyjaśnień, które przekonają zamawiającego, że zachodzą właściwe dla tego wykonawcy obiektywne okoliczności uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny. Choć przepisy nie nakładają na wykonawcę obowiązku złożenia dowodów w postaci dokumentów, to jednak na wykonawcy leży ciężar dowodu, a zatem powinien on dołożyć wszelkich starań, aby wykazać okoliczności potwierdzające, że cena jego oferty jest skalkulowana w sposób rzetelny i dający gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp 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. W przypadku braku złożenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę.

Izba ustaliła, że w dniu 31 stycznia 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w terminie do 2 lutego 2011 r. Wezwanie zostało uzasadnione tym, że w pozycjach 1.7, 1.8, 1.9, 1.10 i 1.11 kosztorysu ofertowego ceny w sposób znaczący odbiegają od ceny przedmiotu zamówienia ustalonej przez zamawiającego oraz cen ofert pozostałych wykonawców. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie w jaki sposób oraz w oparciu

o urządzenia jakich producentów skalkulowano cenę ww. pozycji, czy są one równoważne z zastosowanymi w projekcie budowlanym, stanowiącym załącznik do siwz.

W ocenie Izby, powyższe wezwanie spełnia wszystkie wymogi art. 90 ust. 1 Pzp. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, iż podanie w wezwaniu, jakie elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny wzbudziły wątpliwości zamawiającego, stanowiło wprowadzenie odwołującego w błąd co do zakresu oczekiwanych wyjaśnień. W świetle uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego w wezwaniu, powstałe wątpliwości zamawiającego, co do wysokości zaoferowanej przez odwołującego ceny oferty, wynikające z załączonych do oferty odwołującego kosztorysów w zakresie wykonania przepompowni, były racjonalnie uzasadnione. Z kosztorysów wynikało bowiem, że odwołujący skalkulował cenę oferty uwzględniając koszty elementów dotyczących przepompowni na poziomie 5 i 6 krotnie niższym niż w pozostałych złożonych ofertach. Jak stwierdził zamawiający, odwołujący zaoferował urządzenia przepompowni uwzględniając ich koszt na poziomie drastycznie niższym niż koszt tych urządzeń występujący na rynku.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący w dniu 2 lutego 2011 r. złożył pismo, w którym oświadczył „iż materiały i ceny w pozycjach są skalkulowane w sposób prawidłowy i w sposób podany w przedmiarze przez Inwestora, zaś materiały wprowadzone do cennika są materiałami równoważnymi do siwz z podanymi w Projekcie na w/w roboty.” Poinformował także, że w odniesieniu do przepompowni typu TSA firmy Hydro-Vacuum S.A. „przedstawiliśmy konkurencyjne ceny do producenta pomp z projektu, a także do wyposażenia, które producent zaproponował, a które to kupuje u dostawców (podwykonawców ze swoimi narzutami) i ma droższe ceny niż nasze firmy, z którymi współpracujemy w dostawach urządzeń i podzespołów tego typu.” Odwołujący oświadczył ponadto, iż „złożona oferta jest w pełni konkurencyjna i spełnia oczekiwania Inwestora w w/w przetargu i nie zawiera żadnych błędów w obliczeniu cen niezbędnych urządzeń oraz wykonania w w/w zadania.”

Powyższe pismo, pomimo, iż stanowi odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, faktycznie nie przedstawia żadnych konkretnych okoliczności uzasadniających przyjęty w kosztorysach poziom cen wykonania przepompowni. Odwołujący nie załączył do ww. pisma żadnych dowodów, które przedstawiałyby uzasadnienie do twierdzenia, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny, umożliwiając wykonanie zamówienia za cenę oferty. Pismo nie zawiera odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego przedstawione w wezwaniu, a zatem nie może być uznane za przedstawiające wyjaśnienia, że cena oferty skalkulowana w oparciu o tak niskie koszty istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący nie przedstawił także żadnego uzasadnienia ani jakichkolwiek dowodów w powyższym zakresie w odwołaniu ani na rozprawie.

Odwołujący twierdził, że wykonawca zmniejszone ceny niektórych elementów może pokryć zwiększonymi cenami innych elementów i wskutek tego cena całej oferty nie będzie rażąco niska, a wykonanie zamówienia będzie z zyskiem dla wykonawcy, jednak żadnych konkretnych wyjaśnień w tym zakresie, w stosunku do oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący nie przedstawił.

Odwołujący wskazywał także, że porównanie cen tych samych elementów z różnych ofert nie ma żadnego znaczenia dla porównania cen ofert, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z ceną ryczałtową oferty, a przedmiary robót wraz ze wskazaniem przykładowych jedynie podstaw wyceny są podane przez zamawiającego wyłącznie dla ułatwienia pracy wykonawcom. Powołując się na orzecznictwo odwołujący podnosił, iż nawet gdyby cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty, a ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń odwołującego należy zauważyć, że przytoczone poglądy są słuszne, natomiast nie mogą być odnoszone wprost do stanu faktycznego w badanej sprawie. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykazał bowiem w sposób niewątpliwy, że znaczne zaniżenie cen wskazanych przez zamawiającego elementów oferty ma decydujący wpływ na cenę oferty w całości i w efekcie brak możliwości wykonania całego przedmiotu zamówienia za cenę oferty. Jak wynika z treści siwz zamawiający przewidział realizację przedmiotu zamówienia i odpowiednio płatność - w dwóch częściach, zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym – sposób podziału elementów zadania na etapy (załącznik nr 15 do siwz). O ile kosztorys prac w ofercie odwołującego, obejmujący pierwszą część został opracowany na poziomie odpowiadającym szacunkom zamawiającego (2 100 000 zł w ofercie - w stosunku do 2 200 000 zł wg. szacunku zamawiającego), to wycena drugiej części realizacji przedmiotu zamówienia, obejmująca wykonanie przepompowni, w której odwołujący zawarł ceny zakwestionowane przez zamawiającego, jest skalkulowana na poziomie tylko 670 000 zł w porównaniu do kwoty ok. 1 900 000 zł przewidzianej przez zamawiającego, tj. na poziomie ok. 3 razy niższym, co stanowi realne zagrożenie dla realizacji całego przedmiotu zamówienia.

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący:

.....