

Sygn. akt: KIO 1137/13

WYROK
z dnia 22 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2013 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ADM Bojary sp. z o.o., ul. Warszawska 44 lok 4, 15-077 Białystok, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ADM Bojary sp. z o.o., ul. Warszawska 44 lok 4, 15-077 Białystok, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ADM Bojary sp. z o.o., ul. Warszawska 44 lok 4, 15-077 Białystok, tytułem wpisu od odwołania,

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 Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Białystok, 15-950 Białystok, ul. Słonimska 1 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej progów ustalonych na podst. art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, na Usuwanie awarii i oczyszczanie studni chłonnych, likwidację rozlewisk oraz usuwanie awarii na sieci sanitarnej i sieci wodociągowej znajdujących się na stanie Miasta Białystok.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 05.04.2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 132976 – 2013.

W dniu 10 maja 2013r. Odwołujący Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe ADM Bojary sp. z o.o., 15-077 Białystok, ul. Warszawska 44/4 powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: PPU DRABENT M.D..... i J.D..... sp.j w Białymstoku, a jednocześnie o odrzuceniu jego oferty.

Z powyższej informacji Zamawiającego z dnia 10.05.2013r. wynikało, że najniższą ofertę złożyła firma MPO sp. z o.o. w Białymstoku z ceną brutto 279.990,00 zł, następną ofertę cenową złożył Odwołujący z ceną brutto 391.720,00 zł.

Obie oferty zostały odrzucone z uwagi na rażąco niską cenę. Zamawiający odrzucił także ofertę PPUH MARK A.M. K..... z Białegostoku z ceną 457.310,00 zł również z powodu rażąco niskiej ceny.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 15 maja 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Drabent” Maria D..... i Jacek D..... sp. j. w Białymstoku.

Jednocześnie wnosił o:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na rażąco niską cenę,

- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórnego dokonania czynności badania i oceny ofert,
- 3) zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w tym w szczególności kosztów wpisu od odwołania.

W pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - rozdział XVII pkt. 1 wybór oferty miał być dokonany w oparciu o przyjęte kryterium oceny ofert przedstawione przez Zamawiającego, a jedynym kryterium oceny wskazano cenę ofertową brutto, zaś za ofertę najkorzystniejszą uznana miała być oferta, która zawiera najniższą cenę ofertową brutto (pkt.2, str. 10/12 SIWZ).

Zauważył, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast w myśl art. 91 ust. 2 ustawy kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Podniósł, że w trakcie trwania postępowania pismem z dnia 25.04.2013r. Zamawiający zobligował m.in. Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty złożonej w tym postępowaniu, mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny ofertowej, a Odwołujący pismem z dnia 26.04.2013r. wyjaśnił, że przy kalkulacji kosztów uwzględniono rzeczywiste ceny jednostkowe oraz koszty, jakie należy ponieść, a także to, że dodatkowo Odwołujący uzyska zysk z tytułu wykonanego zadania.

Zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach podkreślił, że firma jest w posiadaniu specjalistycznego sprzętu udostępnionego na preferencyjnych warunkach, doświadczonej kadry.

Stwierdził również, że oświadczył wtedy, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do wykonania zadania zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, a także wystarczająca do osiągnięcia zysku.

Na tle powyższego zarzucił Zamawiającemu, że ten w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty stwierdził ogólnie odnosząc się do wszystkich 3 odrzuconych ofert, że powołane wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie odnoszą się do czynników mających wpływ na cenę ofertową, nie wyjaśniając, jakie to czynniki i że, wyjaśnienia te nie

pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności cen złożonych w ofertach, tj nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny.

Pismem z dnia 27 maja 2013r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pisma Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2013r., wyjaśnień Odwołującego do powyższego pisma z dnia 25 kwietnia 2013r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 maja 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez pełnomocników stron wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o jego oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 90 ust.2 i 3 powołanej wyżej ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę, iż Zamawiający miał obowiązek zastosowania reguły określonej w art.90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp., w myśl, której Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający takie czynności podjął w piśmie z dnia 25 kwietnia 2013r.powziąwszy uprzednio wątpliwość w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w złożonej przez Odwołującego ofercie.

Powyższe wątpliwości Zamawiającego wynikały z różnic pomiędzy ceną oferty Odwołującego oraz innych ofert, jak również z ustalonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia na kwotę 677 979, 50 zł netto plus VAT(pismo Zamawiającego z dnia 19 lutego 2013r.).

Z tych powodów Zamawiający – według zapatrywania Izby - miał pełne podstawy do zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie zaoferowanej przez niego ceny w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż stosownie do brzmienia art.90 ust.2 powyżej ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, 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.

Z ustaleń Izby wynika jednak, że Zamawiający takiej oceny w istocie nie przeprowadził, co potwierdza brak dokumentów zgromadzonych przez niego w trakcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego świadczących o tym, jakie obiektywne czynniki Zamawiający wziął pod uwagę dokonując oceny rażąco niskiej ceny.

Sytuacja ta została spowodowana brakiem przedłożenia przez Odwołującego stosownych dokumentów na potwierdzenie nieistnienia rażąco niskiej ceny.

Powyższe okoliczności skłaniają Izbę do przyjęcia zapatrywania, że Odwołujący nie udowodnił niewystępowania rażąco niskiej ceny.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego o obowiązku Odwołującego udowodnienia okoliczności braku rażąco niskiej ceny, zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art.90 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika, że wolą ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom złożenia wyjaśnień, w tym wraz z przedłożeniem stosownych dowodów na okoliczność braku istnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dobrodziejstwa powyższego przepisu nie skorzystał udzielając odpowiedzi w sposób bardzo ogólny, lakoniczny i nieobalający domniemania rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby z uwagi na nieprecyzyjność i znaczny stopień ogólności wyjaśnień Odwołującego niepopartych żadnymi dowodami należy uznać, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia jego oferty na zasadzie przepisu art.89 ust.1 pkt. 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła przy tym, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na etapie wszczętego postępowania wyjaśniającego zaprzeczającego istnieniu rażąco niskiej, a w szczególności dowodu z dokumentów na potwierdzenie istnienia okoliczności o charakterze obiektywnym.

Jednocześnie należy stwierdzić, że przedłożone przez Odwołującego dokumenty przy odwołaniu nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, bowiem zakres przedmiotowy tych dwóch zamówień publicznych nie był jednakowy.

Powyższy stan rzeczy, którego następstwem powinno być odrzucenie oferty Odwołującego nie uzasadnia – według zapatrywania Izby – możliwości przeprowadzenia dodatkowego postępowania dowodowego na okoliczność wystąpienia bądź nie rażąco niskiej ceny.

Stanowisko Izby znajduje swoje potwierdzenie w judykaturze sądowej.

W wyroku z dnia 05 stycznia 2007r. - sygn. akt V Ca 214/06 Sąd Okręgowy w Warszawie przyjął zapatrywanie, że „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

W ocenie Izby cena oferty Odwołującego odbiegająca od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia wymagała omówienia i załączenia odpowiednich dowodów, jak chociażby kalkulacji cenowych, umów itp., czego Odwołujący nie uczynił, ograniczając się jedynie do bardzo ogólnego wyjaśnienia okoliczności braku rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego należy przyjąć, że próba Odwołującego wykazania braku rażąco niskiej ceny nie została przeprowadzona skutecznie, a działanie Zamawiającego dotyczące oceny rażąco niskiej ceny należy potraktować, jako mieszczące się w granicach obowiązującego prawa, skoro Odwołujący nie udowodnił okoliczności braku rażąco niskiej ceny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:.....