

Sygn. akt: KIO/UZP 590/10

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Członkowie: Barbara Bettman

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno – Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów, 02-777 Warszawa, al. Komisji Edukacji Narodowej 61** protestu z dnia 11 marca 2010 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: "REMO-BUD ŁÓDŹ" Stanisław Jędrzejczak, "HELBAU" Usługi Budowlane Walentyna Śliwińska – Urbat, 91-312 Łódź, ul. Urzędnicza 36** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno – Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno – Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1,**

- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno – Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1.**

U z a s a d n i e n i e

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z usługami, w Warszawie przy ul. Kłobuckiej - etap I budynek A,B,E,H,F,I wraz z niezbędną infrastrukturą.

Ogłoszenie o zamówieniuostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31.10. 2009 roku pod poz. 2009 /S 221 – 303328.

Odwołujący – Roman Rybak, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak wniósł protest a następnie odwołanie, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie czynności polegających na: ocenie przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odrzuceniu przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego, dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 7, złożonej przez konsorcjum, którego pełnomocnikiem jest Stanisław Jędrzejczak, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Remo - Bud Łódź Stanisław Jędrzejczak.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego z dnia 2 marca 2010 roku o odrzuceniu jego oferty wskazał, że to na zamawiającym który dokonał odrzucenia oferty po uzyskanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnieniach, spoczywa ciężar udowodnienia, że wskazana w ofercie cena jest rażąco niska. Tymczasem zamawiający nie dowiódł, że zaproponowana przez odwołującego cena jest rażąco niska. Odwołujący wskazał, że cena oferty uznanej za najkorzystniejszą jest zaledwie o 10 % wyższa od ceny zaproponowanej przez odwołującego, a zatem nie można mówić w tej sytuacji ocenie

rażąco niższej, co potwierdza wyrok KIO z dnia 14 maja 2008 roku KIO/UZP 406/08 oraz KIO/UZP 422/08. Podniósł także, iż cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że złożone wyjaśnienia są lakoniczne i ogólne, zdaniem odwołującego wskazują one na indywidualne, dostępne tylko odwołującemu uwarunkowania: a. wykonywanie prac budowlanych przez pracowników z wieloletnim stażem s sprawdzonymi umiejętnościami zawodowymi, zatrudnionych u odwołującego, b. zakupienie potrzebnych do wykonania zamówienia materiałów w cenach umożliwiających złożenie korzystnej oferty, dzięki wieloletniej obecności na rynku i współpracy z dostawcami pozwalająca na uzyskanie korzystnych rabatów. Jako obiektywny czynnik wpływający na kalkulację ceny - Odwołujący wskazał także na umiarkowany zysk. Uchybienia zamawiającego spowodowały odrzucenie oferty odwołującego, co w ocenie odwołującego winno prowadzić do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp jako, że wykazane naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania a wybór oferty został dokonany z rażącym naruszeniem przepisów ustawy i nie może prowadzić do zawarcia ważnej umowy.

W konsekwencji odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,

Zamawiający protest oddalił, o czym poinformował odwołującego dnia 26 marca 2010 roku, wskazując, że zgodnie z orzecznictwem KIO obowiązkiem odwołującego było złożenie wyjaśnień szczegółowych i umotywowanych, które zamawiający ocenia z należytą starannością, biorąc pod uwagę obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny.

Tymczasem wyjaśnienie złożone przez odwołującego dnia 9 lutego 2010 roku nie realizują obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i na ich podstawie nie można stwierdzić, że wskazane okoliczności stanowią obiektywne szczególne dla niego czynniki.

Uzasadnienia nie stanowi twierdzenie, że odwołujący „wbuduje materiały i urządzenia o parametrach równoważnych określonych w projekcie budowlanym”, gdyż taka możliwość było dostępna dla każdego wykonawcy, zgodnie z pkt 5.3 siwz. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, na czym w przypadku materiałów równoważnych polegałaby oszczędność w wykonaniu zamówienia. Za indywidualny czynnik nie może być również uznana okoliczność, że odwołujący wykona prace przy pomocy własnej kadry i podwykonawców w zakresie robót branżowych. Z wyjaśnień nie wynika, jakie nowoczesne maszyny i urządzenia zamierza wykorzystać odwołujący, które dawałyby oszczędności w realizacji zamówienia. Brak również bliższych informacji na temat nowoczesnego

zarządzania, właściwej organizacji robót, kontrolowanej wydajności. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4.06. 2008 roku sygn. akt Ga 127/08, Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1.04.2005 roku Sygn. akt VI Ca 464/05 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5.01.2007 roku Sygn. akt V Ca 2214/06 a także inne orzeczenia KIO i uznał twierdzenia odwołującego zawarte w wyjaśnieniach za ogólnikowe i gołosłowne, nie poparte żadnymi dowodami.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że przedstawienie w proteście dodatkowych dowodów jest na tym etapie postępowania niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia odwołującemu terminu na udzielenie wyjaśnień. Odmienne działanie byłoby sprzeczne z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz stałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Do udziału w postępowaniu zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego konsorcjum Remo - Bud Łódź Stanisław Jędrzejczak – lider konsorcjum oraz Helbau Usługi Budowlane Walentyna Śliwińska - Urbat.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, wyjaśnień z dnia 5 lutego 2009 roku złożonych przez odwołującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy Izba ustaliła,, co następuje:

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w oparciu o kosztorys inwestorski sporządzony dnia 4.09.2009 roku wynosi 51 462 518, 08 zł netto. Zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające, których wartość określił na 20 585 007, 23 zł (zamówienia uzupełniające), co stanowi 13 273 456, 47 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 55 586 130, 56 zł brutto.

Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono 20 ofert, z czego odrzucono 16 ofert w tym 6 ofert odrzucono z uwagi na rażąco niską cenę (zbiorcze zestawienie ZP – 12 w aktach sprawy).

Ceny ofert złożonych w postępowaniu wahają się w granicach od: 51 061 668, 29 (oferta najdroższa) do 30 990 378, 60 zł (oferta najtańsza). Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Remo - Bud Łódź Stanisław Jędrzejczak oraz Helbau Usługi Budowlane Walentyna Śliwińska - Urbat z ceną 34 671 404, 94 zł brutto.

Pismem z dnia 4.02.2010 roku, zamawiający wezwał wykonawców, w tym również odwołującego do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący, w określonym terminie do dnia 9.02.2010 roku złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że cena oferty obejmuje cały zakres zamówienia objęty postępowaniem, który odwołujący wykona zgodnie z dokumentacją projektową oraz udzielonymi odpowiedziami. Wyjaśnił, że dokonując analizy kosztów związanych z realizacją zadania, przyjął następujące założenia, że:

1. wbuduje materiały i urządzenia o parametrach określonych w projekcie z możliwością zastosowania urządzeń i materiałów równoważnych.
2. wykona przewidziany zakres prac przy udziale pracowników zatrudnionych w zakładzie wykonawcy (pracowników z wieloletnim stażem i sprawdzonymi umiejętnościami zawodowymi) oraz przy udziale sprawdzonych podwykonawców oferujących korzystne warunki współpracy przy przedmiotowej realizacji,
3. wykorzysta potencjał nowoczesnych maszyn i narzędzi budowlanych (wiertnice diamentowe, bruzdownice, gwintownice elektryczne),
4. zorganizuje dostawy materiałów i realizacji zadań w oparciu o ściśle opracowane harmonogramy,
5. zakupi potrzebne do wykonania zamówienia materiały w cenach umożliwiających sporządzenie korzystnej oferty przetargowej (wieloletnia obecność na rynku, współpraca z dostawcami pozwalająca na uzyskanie korzystnych rabatów na zakupione materiały)
6. zrealizuje proces budowlany w oparciu o nowoczesne zarządzanie, właściwą organizację robót, kontrolowaną wydajność robót, ograniczenie kosztów realizacji zadania do niezbędnych.

Odwołujący wskazał także w wyjaśnieniach, że biorąc pod uwagę ilość potencjalnych konkurentów składających oferty, założył zysk na bardzo umiarkowanym poziomie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony. Kwestionowane przez zamawiającego i przystępującego pełnomocnictwo z dnia 29.03.2010 roku dla radcy prawnego Michała D. „w sprawie odwołania skierowanego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie, dotyczącego zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo

zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2007, nr 223, poz. 1655 ze zm.) na roboty budowlane, których przedmiotem jest: budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych usługami, w Warszawie przy ul. Kłobuckiej - etap I budynek A,B,E,H,F,I wraz z niezbędną infrastrukturą”, uprawniające zgodnie z jego treścią „pełnomocnika do reprezentowania udzielającego pełnomocnictwa przed Urzędem Zamówień Publicznych, wnoszenia pism, zawarcia ugody sądowej, a także do występowania w naszym imieniu przed sądami powszechnymi wszystkich instancji”, zdaniem Izby, upoważnia wskazanego w nim pełnomocnika zarówno do złożenia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i reprezentowania odwołującego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Treść tego pełnomocnictwa należy tłumaczyć zgodnie z ogólnymi regułami wykładni określonymi w dyspozycji art. 65 kodeksu cywilnego, mając na uwadze okoliczności i kontekst sytuacyjny w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone oraz biorąc pod uwagę jako nadrzędną regułę interpretacyjną - zgodny zamiar stron. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że pomimo iż z literalnej wykładni pełnomocnictwa z dnia 29.03.2010 roku wynika, że upoważnia ono m.in. do wnoszenia pism i reprezentowania przez Urzędem Zamówień Publicznych a nie przed Krajową Izbą Odwoławczą to jednak, biorąc pod uwagę okoliczności udzielenia pełnomocnictwa należy uznać, że wolą mocodawcy było udzielenie pełnomocnictwa do złożenia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz upoważnienie wskazanej w nim osoby do reprezentowania odwołującego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba stwierdziła, że odwołujący, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do skorzystania środków ochrony prawnej. Uwzględnienie zarzutów zawartych w proteście o odwołaniu daje mu bowiem szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów protestu i odwołania, Izba zważyła, że z porównania ceny oferty zaproponowanej przez odwołującego z wartością szacunkową zamówienia publicznego, wynika że cena oferty odwołującego jest o ponad 50 % mniejsza od wartości szacunkowej zamówienia publicznego. Ceny innych ofert, poza ofertą proponującą najwyższą cenę również w sposób znaczący odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia publicznego.

W ocenie Izby okoliczność ta świadczy o tym, że wartość oszacowana przez zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego została zawyżona i nie może być wyłącznym punktem odniesienia do oceny czy zaproponowana cena przez odwołującego jest ceną rażąco niską. Zamawiający, dokonując wyceny wartości szacunkowej zamówienia oparł się na kosztorysie inwestorskim i nie wziął pod uwagę aktualnych, obiektywnych czynników

rynkowych, dużą konkurencją na rynku usług budowlanych, która została potwierdzona w ilości ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców (20 wykonawców).

Izba podziela ugruntowane stanowisko orzecznictwa i doktryny, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko wartość szacunkowa zamówienia publicznego ale także ceny innych ofert czy średnia cena ofert złożonych w postępowaniu. W tym zakresie Izba ustaliła, że średnia cena ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosi ponad 38 500 000 zł, a zatem jest wyższa o ponad 20% od ceny oferty odwołującego wynoszącej 30 990 378, 60 zł.

Wobec powyższych rozważań, nie budzi wątpliwości Izby działanie zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia elementów i obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny i wszczęcie procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W doktrynie wskazuje się, że nie ma wykształconego stanowiska, jaka różnica wskazuje na konieczność obowiązkowego przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej należy wskazać, że obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty powstaje, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia.

Podkreślić należy, że wszczęcie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie, że zaproponowana cena w ofercie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia a złożone przez wykonawców wyjaśnienia elementów, mających wpływ na wysokość ceny mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. W związku z tym dowód na okoliczność braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa w całości na wykonawcy, do którego skierowano wezwanie do złożenia wyjaśnień (tak: Sąd Okręgowy w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku, sygn. akt VI Ca 464/05). Zgodnie z art. 90 ust. 2 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. Przy czym wyliczenie obiektywnych czynników ma charakter przykładowy a wykonawca może powołać się w złożonych wyjaśnieniach również na inne obiektywne czynniki, nie wymienione w ustawie. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 roku, Sygn. akt V Ca 459/06, gdzie wskazano, że „postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie”.

W orzecznictwie wskazuje się także, że każdy przypadek dotyczący zarzutu rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać indywidualnie (*ad casum*) z uwzględnieniem całokształtu

występujących w nim okoliczności. Oceniając złożone przez odwołującego wyjaśnienia z dnia 5.02.2010 roku, Izba stwierdza, że brak w nich wskazania na obiektywne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, dostępne wyłącznie odwołującemu, które mogłyby uzasadnić zaproponowaną cenę i dać podstawy do przyjęcia tezy, że należyte wykonanie zamówienia za tą cenę jest realne. Należy zgodzić się ze stanowiskiem przystępującego i zamawiającego złożonym do protokołu rozprawy, że wyjaśnienia przedstawione przez odwołującego są ogólne i lakoniczne i nie podają w jaki sposób wskazane w nich okoliczności mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Na aprobatę zasługuje stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku, Sygn. akt V Ca 2214/06, w którym sąd stwierdził, 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”. Tymczasem zarówno z wyjaśnień odwołującego z dnia 5.02.2010 roku jak i wyjaśnień złożonych do protokołu rozprawy nie sposób wywieść, że jest on w stanie wykonać zamówienie za zaproponowaną cenę. Odwołujący nie wskazał choćby jakie konkretnie urządzenia czy materiały równoważne, które zamierza zastosować mają wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia. Brak również wyjaśnienia jaki wpływ na cenę oferty i jej obniżenie wywierają wymienione przez odwołującego w piśmie z dnia 5.02.2010 roku okoliczności, takie jak: wykonanie prac przy udziale pracowników zatrudnionych, przy udziale sprawdzonych podwykonawców, wykorzystanie nowoczesnych maszyn i narzędzi budowlanych, realizacja zadania w oparciu o ściśle opracowane harmonogramy, zakupienie materiałów w korzystnych cenach, realizacja procesu budowlanego w oparciu o nowoczesne zarządzanie, właściwą organizację robót, ograniczenie kosztów realizacji zadania do niezbędnych. Odwołujący, nie przedstawił żadnych dowodów, które uprawdopodobniłyby tezę, że należyte wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę jest możliwe i realne i nie zagraża realizacji zamówienia w wymaganych przez zamawiającego terminach.

Izba wskazuje, że celem art. 90 ustawy Pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. Zatem zamawiający poprawnie ocenił wyjaśnienia odwołującego, uznając je za niewystarczające i zbyt ogólne co obligowało go do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....