

Sygn. akt: KIO 2109/11

WYROK
z dnia 14 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez **MELBUD S.A., ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Czernikowo, ul. Słowackiego 12, 87-640 Czernikowo,**

przy udziale wykonawcy **Piotr Rojek, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Melioracyjnych i Geodezyjnych Piotr Rojek, ul. Drwęckiej 9, 87-400 Golub-Dobrzyń** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Czernikowo, ul. Słowackiego 12, 87-640 Czernikowo i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **MELBUD S.A., ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Czernikowo, ul. Słowackiego 12, 87-640 Czernikowo** na rzecz **MELBUD S.A., ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz** kwotę **13 567 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 we **Włocławku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Czernikowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „przebudowa i rozbudowa sieci wodno-kanalizacyjnej w miejscowości Czernikowo - Etap IV”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 216454-2011 w dniu 26.07.2011r.

Odwołujący MELBUD SA wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2,3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust.1 pkt. 2,3 i 4 oraz art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do udzielenia w tym trybie wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz warunkami SIWZ.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Zakład Usług Melioracyjnych i Geodezyjnych Piotr Rojek oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierającą rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający stwierdził, że Odwołujący podał w treści oferty termin wykonania zamówienia niezgodny z zapisami SIWZ, a wezwany do wyjaśnienia potwierdził, że oferta dotyczy tylko konkretnego terminu w niej zapisanego, co narusza art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podał także, iż w toku badania i oceny ofert ustalił, że zgodnie z treścią kosztorysu ofertowego Odwołującego stawka roboczogodziny wynosi 4,21 zł, koszty pośrednie 20% oraz zysk 5 % dla większości wykonywanych robót, co zdaniem Zamawiającego łącznie ustala wynagrodzenie pracownika zatrudnionego na pełnym etacie zdecydowanie poniżej płacy minimalnej. Zamawiający ustalił także, iż Odwołujący nie wskazał żadnych przesłanek ustalenia cen piasku, stali, transportu itd., które zdaniem Zamawiającego ustalone są zdecydowanie poniżej cen rynkowych, a także cen zawartych w ofertach konkurencyjnych. W tej sytuacji Zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską

cenę, czyli wypełnia dyspozycje art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z taką argumentacją Odwołujący nie zgodził się. Wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując na poniżej wymienione okoliczności.

W pkt. 5 SIWZ Zamawiający zapisał, iż wykonawcy są zobowiązani zaproponować termin realizacji przedmiotu zamówienia, jednakże termin ten nie może być dłuższy niż do dnia 30 września 2013 r. Wykonawca, który proponuje krótszy termin realizacji przedmiotu zamówienia, otrzyma proporcjonalnie odpowiednią liczbę punktów. Kryterium termin realizacji zamówienia zostało określone jako 25%. W pkt 18.3 SIWZ Zamawiający podał wzór, według którego będzie liczył ilość punktów uzyskanych w ww. kryterium (termin wykonania). W punkcie tym Zamawiający posługiwał się terminem „ilość dni”. Dodatkowo Zamawiający wymagał załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego realizacji robót.

Odwołujący w ofercie zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 297 dni kalendarzowych, wpisując jednocześnie: „do 30.09.2012r. z pominięciem miesięcy zimowych: grudzień, styczeń, luty”. Jak wyjaśniał Odwołujący, podał termin końcowy ponieważ w harmonogramie termin ten został zamieszczony.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień obejmujących „informacje o sposobie ustalenia terminu wykonania zamówienia w relacji do zawartego w SIWZ, a także we wzorze oferty, polecenia określenia tego terminu w dniach”.

Zdaniem Odwołującego ilość dni, w czasie których Wykonawca wykona zamówienie, jest zapisana jednoznacznie. Wykonawca podał dodatkową informację, która nie niweluje podanego w dniach terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wyjaśniał, iż data końcowa wykonania robót została podana dlatego, że do oferty został dołączony harmonogram robót. Odwołujący opracował harmonogram robót pomijający prowadzenie robót w okresie zimowym, o czym poinformował Zamawiającego. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż we wzorze umowy Zamawiający określił termin rozpoczęcia i zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia w formie dat, a nie ilości dni realizacji.

Odwołujący nie zgodził się także z decyzją Zamawiającego dotyczącą odrzucenia jego oferty z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czego na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie uczynił. W miejsce tej czynności, Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 wezwał do podania szczegółowej kalkulacji ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, w szczególności podanie szczegółowej kalkulacji pozycji: 8, 11, 12,13, 23, 41, 42, 45, 51, 54, 56, 57, 77, 80, 81, 82, 84, 97, 101,

103, 128, 155, 157, 168, 169, 188, 197, 199, 200, 201 i 202. Wykonawca dostarczył żądane dokumenty.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w niniejszym postępowaniu, zgodnie z zapisami SIWZ obowiązuje cena i wynagrodzenie ryczałtowe, które jest ostateczne niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę i kosztów ich realizacji. Odwołujący podkreślał także, że w sferze kosztorysowania ofertowego nie obowiązują obecnie żadne przepisy. Wobec powyższego każdy sposób sporządzenia kalkulacji, jeśli zawiera elementy podane w SIWZ, jest prawidłowy.

Ponadto Odwołujący, odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (do których uzupełnienia w wersji szczegółowej został wezwany przez Zamawiającego) wyjaśnił, iż zastosowana przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym stawka roboczogodziny w wysokości 4,21 zł jest kalkulacyjną stawką kosztorysową i nie można jej utożsamiać lub wprost wywodzić jej zależności z realnym wynagrodzeniem lub płacą minimalną. Wartość robocizny na wykonanie całości zadania wynosi 636.053,74 zł (bez uwzględnienia płac operatorów sprzętu, które są ujęte w wartości pracy sprzętu). Kwota powyższa pozwala na wykonanie zamówienia w terminie podanym w ofercie i harmonogramie w niej zawartym czterema brygadami roboczymi składającymi się z czterech pracowników w każdej brygadzie roboczej, co daje w sumie 16 osób. Średnie wynagrodzenie (przez okres 13 miesięcy realizacji) na pracownika wynosi średnio 3.057,95 zł miesięcznie co zdecydowanie przekracza płacę minimalną, a nawet wynagrodzenie średnie za pierwsze półrocze 2011 r. w województwie kujawsko-pomorskim, które wynosi 2.988,66 zł miesięcznie.

W zakresie ceny materiałów zbrojeniowych Odwołujący wyjaśnił, iż cenę przygotowania prefabrykatów zbrojarskich ujęto w poz. 22 kosztorysu ofertowego jako „Pręty stalowe okrągłe, przyjmując cenę 2 zł/kg”. Cena taka wynika z tego, że pręty te Wykonawca posiada na stanie zapasów magazynowych. Tym samym podając cenę 4 zł/t za prefabrykaty zbrojarskie w poz. 23 kosztorysu ofertowego, Wykonawca ujął w tej pozycji sam transport prefabrykatów na teren budowy.

Cena piasku została skalkulowana w oparciu o ustalenia na podstawie wykonanych na własny koszt odwiertów geologicznych na terenie przyszłej budowy, na podstawie których przyjęto, że grunty zalegające pod powierzchnią terenu nadają się do ponownego wbudowania, co zdaniem Odwołującego, jest także zgodne z punktem 5.3.5. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej wykonania i odbioru robót. Tym samym, Wykonawca, ustalając, iż wymogiem Zamawiającego jest zasyp gruntem rodzimym, przyjął cenę "Mieszanki krusz, natur. - drobna 0-4,0 mm" na poziomie 1 zł/m³.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z punktem 9.2 Szczegółowej Specyfikacji

Technicznej wykonania i odbioru robót w cenie 1 mb kanału występują inne elementy, z całą pewnością nie ma mowy o dostawie piasku na zasypanie wykopów.

Odwołujący wyjaśnił, że ceny transportów są przyjmowane na podstawie kalkulacji zakładowych uwzględniających, że są to transporty technologiczne po terenie placu budowy. Odwołujący podkreślał, iż twierdzenie Zamawiającego, iż ceny Odwołującego są zdecydowanie poniżej cen rynkowych, nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Ponadto Odwołujący zauważył, iż Zamawiający podając jako podstawę odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, winien wskazać jakie przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r.Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zostały naruszone, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, jest pozbawiona podstaw prawnych, świadczy o prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W niniejszej sprawie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Piotr Rojek, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Melioracyjnych i Geodezyjnych Piotr Rojek.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał tej czynności - oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zgodnie z artykułem 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Ponadto art. 90 ust. 3 stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z okoliczności niniejszej sprawy wynika, iż Zamawiający naruszył procedurę wynikającą z

artykułu 90 ustawy, bowiem nie zwrócił się do wykonawcy – Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie wysokości ceny realizacji zamówienia. Zamawiający skierował jedynie do Odwołującego wezwanie do przedstawienia szczegółowych kalkulacji określonych pozycji kosztorysu, nie określając przyczyny ani celu tego wezwania. Zamawiający nie wskazał, iż składane przez Odwołującego kalkulacje poszczególnych pozycji kosztorysu miały być oceniane pod kątem zaoferowanej ceny. Nie umożliwił tym samym Odwołującemu wskazania wszystkich elementów, które mogły mieć wpływ na wysokość ceny.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył procedurę wynikającą z artykułu 90 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak poprzedzenia odrzucenia oferty Odwołującego wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, naruszył także procedurę poprzez niewskazanie, iż wezwanie do złożenia szczegółowej kalkulacji kilkudziesięciu wybranych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu, będzie oceniane jako wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie umożliwił przedstawienia przez Odwołującego obiektywnych czynników, które mogły mieć wpływ na wysokość ceny. O takich obiektywnych czynnikach mówi artykuł 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i w przypadku ich przedstawienia przez Odwołującego, Zamawiający obligatoryjnie powinien je ocenić w procesie ustalania, czy zaproponowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską. Zamawiający nie umożliwił Odwołującemu wskazania tych okoliczności, które mogły mieć wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Cena rażąco niska jest to taka cena, za którą nie ma możliwości zrealizowania zamówienia, gdyż jest nierealistyczna, niewiarygodna i oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Ale stwierdzenie takiej okoliczności może nastąpić jedynie w odniesieniu co do całości ceny, po przeanalizowaniu wszystkich okoliczności i elementów kalkulacyjnych, w szczególności, gdy cena w postępowaniu jest ceną ryczałtową. Trudno w takiej sytuacji dojść do takich wniosków (w zakresie rażąco niskiej ceny) po analizie zaledwie kilkudziesięciu spośród kilkuset pozycji kosztorysu ofertowego. Taki sposób rozumienia ustawy potwierdzają inne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku KIO sygn. akt 53/2011 „przechodząc do zarzutu wystąpienia ceny rażąco niskiej, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wskazać należy, iż zgodnie z ustaloną i powszechnie akceptowaną linią orzeczniczą w przypadku ceny ryczałtowej obejmującej całość przedmiotu zamówienia jej rażąco niski charakter należy oceniać i ustalać w odniesieniu do całości ceny, a nie jej poszczególnych fragmentów. Zaniżona czy nierzetelna wycena poszczególnych części oferty nie przesądza, że cała oferta jest rażąco niska.”

Należy także zwrócić uwagę, iż dopiero ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami może potwierdzić, iż oferta zawiera lub nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zatem z treści art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, że dopiero ocena złożonych wyjaśnień (lub brak wyjaśnień) może stanowić podstawę do odrzucenia oferty z powodu

rażąco niskiej ceny. Ocena wyjaśnień wykonawcy (lub ich brak, który również podlega ocenie) jest więc obligatoryjnym etapem przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji w przedmiocie uznania ceny za rażąco niską. Zamawiający nie może więc dokonywać odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Z całą pewnością podstawą do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie mogą być jedynie podejrzenia Zamawiającego co do zaoferowania przez wykonawcę realizacji zamówienia za cenę rażąco niską i brak jasnej w tym zakresie sytuacji.

Izba nie odnosiła się do zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny dla wskazanych poszczególnych pozycji kosztorysu. Zarzuty Odwołującego w zakresie braku rażąco niskiej ceny stanowić powinny element wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych i dopiero jako takie podlegać powinny ocenie Zamawiającego. Na uwadze należy mieć okoliczność, iż nie dokonano procedury wyjaśniającej, wynikającej z artykułu 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem Zamawiający nie miał podstawy stwierdzić, czy cena jest rażąco niska. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego w tym postępowaniu (dotyczące niewłaściwej oceny Zamawiającego zaoferowanych cen poszczególnych elementów, np. stali) mają raczej charakter wyjaśnień (niepełnych – z uwagi na niepełne określenie w podstawie odrzucenia), które to wyjaśnienia powinny być udzielone na wezwanie Zamawiającego na etapie wcześniejszym - badania i oceny ofert przez Zamawiającego.

W ocenie Izby Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – tj. w sytuacji, gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający jest zobowiązany do wskazania konkretnego czynu, spełniającego przesłanki do uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej ani też faktycznej pozwalającej na uznanie, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Czyn taki nie może być domniemywany. Wręcz przeciwnie, czyn taki winien być zdefiniowany wprost w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Co więcej, w niniejszym postępowaniu Zamawiający również w trakcie rozprawy miał kłopot ze wskazaniem czynu, którego „dopuścił się” Odwołujący. Zamawiający nie wyjaśnił także, w jaki sposób i poprzez jakie działanie Odwołujący uniemożliwił dostęp do zamówienia innym wykonawcom. Twierdzenie Zamawiającego i twierdzenie Przystępującego (złożone w trakcie rozprawy) co do zdefiniowania czynu nieuczciwej konkurencji dokonanego przez Odwołującego, pozostają w sprzeczności, a taka okoliczność poddaje w wątpliwość dokonanie przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. Skoro czynu takiego nie

można zdefiniować, zachodzą sprzeczności co do określenia, na czym czyn ten miałby polegać, a Zamawiający nie jest w stanie wskazać konkretnego przepisu ustawy, dającego podstawę do uznania działania Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji, to oznacza, iż Odwołujący czynu takiego nie popełnił.

Izba podzieliła także stanowisko Odwołującego co do braku sprzeczności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał w formularzu oferty ilości dni, jaką przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia, co czyniło zadość wymaganiom SIWZ. Wskazaną przez wykonawców liczbę dni Zamawiający przyjmował jako podstawę do ustalenia ilości punktów oraz ustalenia rankingu ofert. Takiej czynności Zamawiający dokonywał w stosunku do ofert pozostałych wykonawców w tym postępowaniu, nie było podstawy, aby nie przyjąć do obliczeń także ilości dni podanych w formularzu ofertowym przez Odwołującego. W szczególności, iż wszystkie informacje Zamawiający bada na dzień składania ofert. Na marginesie także Izba wskazuje, iż Zamawiający nie określił także, z którym wymaganiem SIWZ niezgodny jest brak strony tytułowej kosztorysu załączonego przez Odwołującego do oferty. Izba zatem nie dopatrzyła się niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w tym zakresie. W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....