

WYROK
z dnia 22 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2012 r. przez wykonawcę

ZPUP Energozam Sp. z o.o. ul. Zagłoby 5, 22-400 Zamość

w postępowaniu prowadzonym przez

Główny Inspektorat Transportu Drogowego ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Główny Inspektorat Transportu Drogowego ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ZPUP Energozam Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa na rzecz ZPUP Energozam Sp. z o.o. kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i 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 w Warszawie.

Przewodniczący:

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

Zamawiający – Główny Inspektorat Transportu Drogowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup pojazdów osobowych”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 kwietnia 2012 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8 czerwca 2012 r. odwołujący – ZPUP Energozam Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 i art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe wykonanie procesu badania i braku oceny oferty odwołującego oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania badania ofert poprzez przyjęcie, że oferta ta podlega odrzuceniu z postępowania, oceny ofert poprzez przyjęcie, że oferta ta nie podlega punktacji (ocenie) oraz wskazania wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie jego oferty do postępowania, powtórzenie czynności oceny (punktacji) ofert i przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty odwołującego oraz równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega regulacji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie ustanowił sposobu obliczenia ceny oferty oraz w formularzu oferty nie ustanowił żadnego szczególnego charakteru kosztorysu ofertowego, zatem niesłusznie stawia zarzut braku przedstawienia szczegółowego kosztorysu wyliczenia ceny oferty z indywidualną wyceną poszczególnych samochodów skutkującego uznaniem ceny oferty za rażąco niską.

25 maja zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty. Odwołujący wypełnił

wezwanie nie ukrywając zdziwienia, ponieważ ceny kolejnych trzech ofert oferujących takie same pojazdy były tylko o 2%, 2,4% i 3,9% wyższe od ceny odwołującego, a cena oferty odwołującego stanowiła 90% środków zamawiającego przeznaczonych na realizację zamówienia.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, ale „Słownik języka polskiego” PWN opisuje „rażący” jako „dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny”. A zatem oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną.

Odwołujący przywołał orzecznictwo zespołów arbitrów i Izby, zgodnie z którym taka różnica cen nie wskazuje na cenę rażąco niską.

Odwołujący udzielił zamawiającemu wyczerpującej odpowiedzi, że jego cena jest skonfigurowana w oparciu o ogólnodostępne ceny rynkowe aut General Motors Poland z uwzględnieniem upustów uzyskanych od producenta. Dane wyjaśnienie było zgodne z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i odnoszące się do wyjątkowej sytuacji w zakresie uzyskania odpowiednich upustów u producenta samochodów. Skoro zamawiający nie uznał złożonych przez odwołującą wyjaśnień i dokonał odrzucenia oferty, jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że uzyskane wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zamawiający nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, iż cena oferty odwołującego jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych, niemożliwa z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych, własnego zysku, czy że jest poniżej kosztów wytworzenia pojazdów. Zamawiający nie podważył ani jednej pozycji z kosztorysu ofertowego odwołującego i nie wykazał, by chociaż jeden element nie był wartością rynkową.

Typowym zjawiskiem na rynku flotowych dostaw samochodów jest istotna różnica między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a cenami ofert złożonych w postępowaniach oraz znaczące różnice między cenami złożonych ofert. Źródłem tego są koszty ogólnego zarządu poszczególnych firm oraz inne koszty, w tym w szczególności finansowe, narzuty, marże, upusty, zakładany poziom zysku itp.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 600.240 złotych brutto w oparciu o istniejący rynek. Odwołujący zaoferował cenę 538.400 zł, natomiast wybrana oferta opiewa na kwotę 549.810 zł i przez zamawiającego nie została uznana za rażąco niską.

Wykonawcom wolno wskazać dowolne czynniki wskazujące na rzetelną kalkulację ceny ofertowej. Kalkulacja odwołującego daje się weryfikować i zamawiający mógł dokonać tej weryfikacji, a nie poprzestać na stwierdzeniu, że wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie odnoszą się do obiektywnych czynników. Zamawiający powinien wiedzieć, że niektóre ustalenia pomiędzy dealerem samochodów a producentem w zakresie ustalania cen

i wysokości udzielanych rabatów są tajemnicą przedsiębiorstwa, których producent nie dopuszcza do wiedzy publicznej.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniósł o jego oddalenie. Stwierdził, iż nie odrzucił oferty z powodu rażąco niskiej ceny, lecz dlatego, że wykonawca nie udowodnił, że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie jest zobowiązany do udowodnienia rażąco niskiej ceny, a mógł jedynie powziąć wątpliwości i zażądać wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający zdaje sobie sprawę z istnienia upustów i marż i już przy obliczaniu wartości zamówienia zakładał, że rabaty uzyska. Wszystkich podejrzanych o zaistnienie rażąco niskiej ceny wezwał do wyjaśnień, przy czym dwóch wezwanych w ogóle nie złożyło wyjaśnień, odwołujący złożył wyjaśnienia niewystarczające, a pozostali trzej wezwani złożyli te wyjaśnienia wraz z wymaganymi dowodami. Zamawiający specjalnie w tekście wezwania wyboldował, że żąda kalkulacji i dowodów na potwierdzenie rzetelności obliczenia ceny. Pozostali wykonawcy nie mieli oporów przed wskazaniem wysokości upustów i marży. Informacje te mogły być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co też zrobili inni wykonawcy. Zamawiający nie wymagał kalkulacji produkcji samochodu, lecz ceny jego sprzedaży wykonawcy przez producenta. Stwierdza, iż oprócz ceny sprzedaży samochodu przez producenta w cenie tej powinien się znajdować transport samochodu do zamawiającego, przegląd zerowy i dodatkowe wyposażenie wraz z montażem. Odwołujący te kalkulacje przedstawił dopiero w odwołaniu, czyli za późno, ponieważ w informacji przesłanej zamawiającemu na wezwanie nie wykazał nic. Idea żądania wyjaśnień oferty czy rażąco niskiej ceny nie polega na otrzymaniu od wykonawcy oświadczenia, że jego cena jest dobrze skalkulowana, ale na pokazaniu tej kalkulacji. Rzeczywista różnica cen pomiędzy poszczególnymi ofertami nie jest duża, ale nie ma to znaczenia dla oceny sytuacji. To, że inny wykonawca wykazał, iż cena o 3% wyższa nie jest rażąco niska, nie oznacza, że również cena odwołującego nie jest rażąco niska. Nie może on bowiem powoływać się na cudze wyjaśnienia i zastępować nimi swoich, tym bardziej, że sam odwołujący wskazał, że dealerzy mają różne rabaty i marże. Dodatkowo oferowane składniki wyposażenia nie stanowią tajemnicy General Motors Poland Sp z o.o., a z przedstawionego przez odwołującego pisma General Motors Poland Sp z o.o. wynika, że wykonawca może podać te informacje, ewentualnie zastrzegając ich poufność.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sześciu samochodów osobowych (o odmiennych wymaganiach). Zamawiający otrzymał 6 ofert z następującymi cenami: 538.400 zł (oferta odwołującego), 549.810 zł, 552.885 zł, 560.550 zł, 728.775 zł, 838.037,76 złotych.

W samych ofertach wykonawcy mieli podać jedynie końcowe ceny ofert, zamawiający nie wymagał przedstawienia cen poszczególnych samochodów ani elementów kalkulacji tych cen.

25 maja 2012 r. zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystosował do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty wskazując, że weźmie pod uwagę obiektywne czynniki wskazane przez wykonawcę zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał jednocześnie, że oczekuje kalkulacji wraz z dowodami potwierdzającymi rzetelność obliczenia ceny.

Podobne wezwania zamawiający skierował w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Odwołujący w odpowiedzi oświadczył, że oferta nie może być rozpatrywana jako zawierająca rażąco niską cenę, została skonstruowana w oparciu o rynkowe ceny modeli z uwzględnieniem specjalnych zniżek importera dla GIDT, które pozwoliły dostawcy zaoferować pojazdy w tak korzystnej cenie i osiągnąć zysk na każdym aucie. Podał też, że na całkowitą wartość oferty składają się: Opel Insignia OPC w cenie 179.150 zł, Opel Insignia edition 4x4 250 KM w cenie 106.800 zł i Opel Astra classic 5 dr 1.6 XER (3 sztuki), cena jednostkowa 48.550 złotych.

Następnie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego oraz dwóch innych wykonawców (którzy w ogóle nie złożyli wyjaśnień).

W stosunku do odwołującego zamawiający wskazał, że wykonawca został uprzedzony, iż oferta zostanie odrzucona, jeśli we wskazanym terminie wykonawca nie złoży wyjaśnień.

Tymczasem wykonawca złożył jedynie oświadczenie, że oferta została skonstruowana w oparciu o rynkowe ceny modeli z uwzględnieniem specjalnych zniżek importera dla GIDT, które pozwoliły zaoferować pojazdy w korzystnej cenie i osiągnąć zysk, oraz jednostkowe ceny brutto samochodów stanowiące powtórzenie oferty, natomiast wykonawca nie opisał elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i nie przedstawił kalkulacji wraz z dowodami potwierdzającymi obliczenie ceny.

Art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych ustala procedurę wyjaśnień ceny oferty w przypadku powzięcia przez zamawiającego podejrzeń, iż otrzymana przez niego w danym postępowaniu oferta (lub oferty) zawiera cenę, która może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołując się na obowiązek wynikający z ust. 1 tego przepisu, zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, do wyjaśnień zaproponowanych przez nich cen.

Izba, nie mogąc wykraczać poza zarzuty zawarte w odwołaniu, nie będzie oceniać tej decyzji zamawiającego i analizować, czy w danej sytuacji powinien on o takie wyjaśnienia w ogóle występować, odniesie się więc do niej wyłącznie w kontekście odrzucenia oferty odwołującego. Zwraca jedynie uwagę na marginesie, że, pomimo iż w tekście art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zostało to wyrażone *expressis verbis*, obowiązek ten nie dotyczy ogólnie wszystkich złożonych ofert w postępowaniu, lecz wyłącznie tych, co do których zamawiający powźmie poważne podejrzenie co do możliwości zaistnienia rażąco niskiej ceny.

Na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył wyjaśnienia, co do których trzeba się zgodzić z zamawiającym, że są one niewystarczające w punktu widzenia celu, któremu miały służyć. Jednak należy pamiętać, że to, co zamawiający „miał na myśli” pisząc wezwanie, i co jest jasne dla składu orzekającego, która ma swój ustalony pogląd na to, jak powinno wyglądać wezwanie i wyjaśnienia, niekoniecznie musi być tak samo oczywiste dla wezwanego wykonawcy, w szczególności, gdy nie ma on szerokiego doświadczenia związanego z zamówieniami publicznymi.

Izba już wielokrotnie wskazywała w swoich wyrokach, że wezwanie zamawiającego nie może być tylko ogólne, lecz powinno wskazywać na konkretne elementy, które wykonawca ma przedstawić. Podobny pogląd wyraził też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10: „...z wymogu zapewnienia skuteczności art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18 wynika, że instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty. Jednakże,

wyłącznie do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie o udzielenie wyjaśnienia pozwoliło danym kandydatom w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy ich ofert.”

Zdaniem Izby przede wszystkim więc należy zwrócić uwagę na treść wezwania – zamawiający zażądał przedstawienia kalkulacji, jednak nie wskazał, jakich minimalnych elementów tej kalkulacji oczekuje, czyli np. – jak podał podczas rozprawy – ceny sprzedaży samochodu wykonawcy przez producenta, kosztów transportu samochodu do zamawiającego i przeglądu zerowego oraz kosztów nabycia dodatkowego wyposażenia wraz z montażem.

Wykonawca natomiast uznał, że kalkulacją ceny oferty jest wyszczególnienie cen poszczególnych pojazdów. Jest to bowiem kalkulacja ceny oferty, tylko nie taka, o którą chodziło zamawiającemu.

Poza tym zamawiający w swoim wezwaniu powołał się na treść art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje na: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej – które to okoliczności wykonawca miał wskazać w swoich wyjaśnieniach.

Oczywiście ze strony zamawiającego powyższe przywołanie jest działaniem poprawnym, bowiem są to przesłanki ustawowe i unijne, które zamawiający musi wziąć pod uwagę przy ocenie ceny oferty (por. pkt 30 wyroku C-599/10), jednak wykonawca, który składa ofertę w cenie o „zwykłej” wysokości i w stosunku do którego takie okoliczności nie zachodzą, *de facto* nie ma się na którą z owych okoliczności powołać w swoich wyjaśnieniach. Tym samym może wskazać tylko na warunki, które go dotyczą, jak np. upust otrzymany od producenta.

Z kolei przedstawianie dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma na celu dowiedzenie lub uprawdopodobnienie twierdzeń wykonawcy – ich brak nie ma charakteru formalnego i nie stanowi np. formalnej przesłanki do odrzucenia wyjaśnień lub uznania, że cena jest rażąco niska, lecz jedynie ich przedłożenie lub brak może wpłynąć na ocenę zamawiającego w przedmiocie wystąpienia rażąco niskiej ceny – i tak było w niniejszym przypadku.

Izba jak najbardziej zgadza się z wyrażanym wcześniej przez siebie poglądem, że kierowanych na wezwanie zamawiającego pism nazywanych wyjaśnieniami, jednak w swojej treści *de facto* żadnych wyjaśnień nie zawierających, nie można uznać za złożenie

wyjaśnień. Lecz równocześnie wielokrotnie podkreślała, że każdą sytuację ocenia się indywidualnie przez pryzmat okoliczności danej sprawy, w której znaczącą rolę odgrywa konkretna treść wezwania i wyjaśnień, uzasadnione lub nie podstawy do wezwania do wyjaśnień, cena oferty i innych ofert w postępowaniu, szczegółowość cen w ofercie (jedna ogólna cena, formularz cenowy czy też szczegółowy kosztorys), zachowanie zamawiającego i wykonawcy i uzasadnienie ich działań itd. Podobnie jest w niniejszej sprawie.

Przede wszystkim też Izba zwraca uwagę, że podstawą odrzucenia oferty wykonawcy jest rażąco niska cena, a wezwanie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 i odrzucenie oferty ze względu na brzmienie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ma swoje uzasadnienie właśnie w postaci owej ceny rażąco niskiej, a nie jest samą formalną czynnością dokonywaną na zasadzie „sztuka dla sztuki”. Tym bardziej odnosi się to do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje wyraźnie na ową rażąco niską cenę.

Tymczasem obserwując zachowanie zamawiającego Izba powzięła opinię, że zamawiający wcale nie ma przekonania co do faktu, że odwołujący (i inni wykonawcy) rzeczywiście zaoferowali cenę, którą można uznać za rażąco niską, a jego działanie w tym zakresie było bardziej automatyczne i formalistyczne niż uzasadnione okolicznościami.

Na marginesie należy też zwrócić uwagę, że jeśli zamawiający wprawdzie otrzymał wyjaśnienia, lecz stwierdzi, że nie są one wystarczające, by mógł dokonać prawidłowej oceny oferty lub stwierdzi potrzebę uszczegółowienia jakichś ich elementów, może poprosić wykonawcę o wyjaśnienia dodatkowe, uzupełniające.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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: