

WYROK

z dnia 25 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Jolanta Markowska

Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Mirosława Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Detektywistyczne Mirosław Flis ul. Kolorowa 24 lok. 47, 20-802 Lublin

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o.

Al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin

protestu z dnia 22 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Mirosława Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Detektywistyczne Mirosław Flis ul. Kolorowa 24 lok. 47, 20-802 Lublin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery

złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mirosława Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Detektywistyczne Mirosław Flis ul. Kolorowa 24 lok. 47, 20-802 Lublin,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mirosława Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Detektywistyczne Mirosław Flis ul. Kolorowa 24 lok. 47, 20-802 Lublin.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „ochronę obiektów MPWiK Sp. z o.o. w Lublinie przez 36 miesięcy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zaproszenie do negocjacji zostało skierowane do wykonawców 23 września 2009 r. Wartość zamówienia wynosi 3.300.000 zł, tj. 851.151,63 euro, przekracza więc tzw. progi unijne.

W postępowaniu złożono 5 ofert.

13 stycznia 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania. 22 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu zaniechanie weryfikacji sposobu obliczenia ceny w celu ustalenia, czy złożone oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co może prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej obarczonego wadą, gdyż oferta ta, oraz inne oferty, mogą podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający oddalił ten protest 27 stycznia 2010 r. Od tego rozstrzygnięcia 5 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z jej przepisami badanie i ocenę ofert, w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, z korzystniejszym traktowaniem innych wykonawców, co może prowadzić do powstania szkody po stronie Zamawiającego w związku z możliwym nienależytym wykonaniem usługi stanowiącej przedmiot postępowania,

2. art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie weryfikacji sposobu obliczenia ceny w celu ustalenia, czy złożone oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co może prowadzić do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli wyboru oferty najkorzystniejszej, który może być obarczony wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, gdyż oferta najkorzystniejsza oraz inne mogą podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych

i wniósł o uwzględnienie protestu w całości i nakazanie unieważnienia podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nakazanie wykonania czynności opisanych w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z Prawem zamówień publicznych oraz obciążenie Zamawiającego kwotą kosztów postępowania odwoławczego.

Zdaniem Odwołującego odstąpienie przez Zamawiającego od powyższych czynności prowadzi do naruszenia naczelných zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, przez co pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Błędem Zamawiającego jest założenie, iż zastosowanie ceny ryczałtowej zwalnia go z rzetelnej analizy oferty i dbałości o późniejszą prawidłowość realizacji zamówienia, a także samodzielne i autorytatywne założenie, iż każda niska cena jest wynikiem konkurencji i nie jest negatywnym zachowaniem cenotwórczym bez zbadania tej materii, przy pomocy narzędzi wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, dokonując badania ofert w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien

cenę podaną w ofercie przez wykonawcę odnieść w pierwszej kolejności do ustalonej przez siebie wartości zamówienia, a następnie do cen innych ofert. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający podał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę ponad 4.000.000 złotych, a otrzymał oferty o cenach: Konsorcjum firm z grupy G4S – 2 162 005,92 zł, Konsorcjum IMPEL/ALTEST – 2 261 880,00 zł, Solid 2.230.257,60 zł, Ekotrade 2 503 000,00 zł, Mirosław Flis 3 877 071,48 zł. Otrzymując oferty z tak dużymi dysproporcjami w stosunku do wartości szacowanej oraz podanej podczas otwarcia ofert, Zamawiający nie może zrezygnować z procedury opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający obowiązany jest w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócić się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania określonej ceny, co do której postawiono zarzut rażąco niskiej. Przepis ten dotyczy każdej ceny podanej w ofercie, bez względu na to, czy jest ryczałtowa, czy kosztorysowa, bowiem każda cena powinna być ustalona w sposób rzetelny i gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia. W ocenie Odwołującego istniejąca różnica cen uzasadnia żądanie wyjaśnień od co najmniej trzech wykonawców w zakresie skalkulowania ceny i elementów, które miały na to wpływ.

Faktem jest, iż wymieniony przepis nie wymienia procentowo wskaźnika różnicy pomiędzy ceną najwyższą i najniższą, po przekroczeniu którego Zamawiający dopiero wszczyna postępowanie wyjaśniające, jednak powinien on mieć wątpliwości co do faktu, czy cena oferty wybranej nie jest rażąco niską, skoro stanowi ok. 53% wartości, której oczekiwał.

Ustawa nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi. Z definicji słownikowej wynika, iż „rażący”, to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy. Prawdopodobnie w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z taką sytuacją. Łatwo to stwierdzić, gdy weźmiemy pod uwagę choćby tylko jeden czynnik cenotwórczy, jakim jest wartość pracy związanej z realizacją zamówienia z uwzględnieniem oczekiwanej liczby kadry podstawowych pracowników ochrony potrzebną do miesięcznej realizacji usługi opisanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz szacunkowego ich wynagrodzenia, np. co najmniej na poziomie minimalnego miesięcznego wynagrodzenia określonego ustawowo. Szacunkowo należy przyjąć, iż konieczność realizacji usługi przez co najmniej 38 pracowników ochrony i poziom obecnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia wraz ze składkami ZUS po stronie pracodawcy, dodatkami za godziny nocne i urlopy zgodnie z kodeksem pracy, powoduje konieczność zabezpieczenia w budżecie inwestycji co najmniej kwoty 2.408.189,90 zł (koszty osobowe brutto ze składkami ZUS przeznaczone przez oferenta lub pozostałe po potrąceniu kosztów stałych to kwota 1.726.997,40 zł), tymczasem wartość netto oferty wybranej to kwota tylko 1.772.136 zł, czyli niższa od tych kosztów o co najmniej 636.054 zł. Usługa nie może być realizowana przy pomocy mniejszej liczby licencjonowanych pracowników, gdyż taki zakres ochrony został podany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo, poza kosztami osobowymi, wykonawca musi realizować co najmniej 1.500 km przejazdów, co w okresie 36 miesięcy daje kwotę ok. 45 000 zł (wg ustawowego przelicznika za przejechany kilometr), ponieść koszt środków łączności, paralizatorów wzmocnionych, umundurowania pracowników, systemu kontroli pracy, monitoringu kasy, sporządzenia planu ochrony i gotowości pojazdu patrolowego, zakupu samochodu terenowego i wyjazdów awaryjnych. Ponadto nie uwzględniono zmieniającego się okresowo poziomu najniższego wynagrodzenia, którego zastosowanie jest obligatoryjne, a także ewentualnych kosztów zwolnień lekarskich. Kalkulacje te wskazują na

realizację usługi poniżej jej kosztów. Przy tym błędne jest założenie, iż żaden z pracowników nie uzyskuje wyższego wynagrodzenia niż minimalne (np. kadra kierownicza), a wykonawcy zrezygnowali z uzyskania choćby minimalnego zysku. Nie jest możliwe więc, aby przy zaoferowanej cenie wykonać zamówienie zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający samodzielnie i lakonicznie podsumował, iż cena jest zgodna z rzeczywistymi warunkami rynkowymi. Niesłusznie stoi też na stanowisku, iż uzyskanie trzech ofert o zbliżonych cenach jest na tyle istotne, iż nie można mówić o rażąco niskiej cenie ofert. Słusznym jest założenie, iż uczestnictwo w postępowaniu wywołuje konkurencję pomiędzy wykonawcami, jednak granice tej konkurencji wyznacza opłacalność realizacji zamówienia.

Zamawiający stwierdził, iż art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązuje go do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty i nie nakłada żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane, zatem pozostaje to w sferze decyzji Zamawiającego opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych, natomiast nie stosuje się go z automatu do oferty najtańszej. Konieczność żądania wyjaśnień wynikająca z arytmetycznego porównania szacunkowej wartości zamówienia z ceną oferty najtańszej, jak również z cenami innych ofert, nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ przepisy te nie wskazują, jaki poziom różnicy miałyby kreować obowiązek Zamawiającego do zażądania wyjaśnień. Zdaniem Zamawiającego miernikiem porównania cen ofertowych powinna być w zależności od konkretnych, indywidualnych okoliczności postępowania: wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego powiększona o podatek od towarów i usług, ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu oraz ceny rynkowe przedmiotu objętego zamówieniem. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił wartość zamówienia z należyłą starannością zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych m.in. na podstawie wartości usług świadczonych przez dotychczasowego wykonawcę i w ten sposób oszacowaną kwotę zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia. Kwoty szacunkowej zamówienia nie można jednak utożsamiać z ceną, jaką Zamawiający zamierza uzyskać od wykonawcy w wyniku prowadzonego postępowania, bowiem jego celem jest wyłonienie wykonawcy mogącego świadczyć usługi za niższą, zgodną z rzeczywistymi warunkami rynkowymi cenę. Nie można zatem uważać, iż różnica między szacowaną wartością zamówienia a najtańszą ofertą bądź grupą zbliżonych cenowo ofert, upoważnia do zarzucania Zamawiającemu wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia powiększoną o VAT zawiera rażąco niską cenę. Drugim przyjętym w orzecznictwie i praktyce punktem odniesienia są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu. Ceny ofert w niniejszym postępowaniu wynosiły od 2.162.005,92 do 3.877.071,48 zł (po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej), jednak ceny trzech najtańszych ofert wahały się w przedziale od 2.162.005,92 do 2.261.880,00 zł. Również cena oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania (2.503.440,00 zł po poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej) była zbliżona wartością do grupy najtańszych ofert. Można zatem stwierdzić, iż różnica w cenie, w grupie czterech najtańszych z pięciu złożonych ofert nie jest na tyle istotna, aby można było mówić o rażącej różnicy, a tym samym o rażąco niskiej cenie oferty. Poziom rozbieżności zaoferowanych cen i ich rozkład nie uzasadnia żądania od wykonawcy, który zaoferował w tym postępowaniu najniższą cenę, jak również od innych wykonawców, wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Różnice takie nie są niczym innym, jak konkurencją i nie można ich zakwalifikować jako negatywnego zachowania cenotwórczego. Wezwanie do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej

ceny musiałyby dotyczyć więc trzech lub czterech z pięciu wykonawców, którzy złożyli oferty.

Zamawiający dokonując oceny ofert uwzględnił również specyfikę przedmiotu zamówienia oraz bieżące trendy na rynku usług ochroniarskich, na którym wykonawcy agresywnie konkurują o zamówienia, a w konsekwencji proponują dużo niższe ceny, niż wynika to z szacunków Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do wystąpienia do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość oferty, a tym samym oceniając oferty i dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie uchybił przepisom prawa.

Najkorzystniejsza oferta została wybrana na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Argumentacja Odwołującego nie pozwala również na uznanie zarzutu dotyczącego prowadzenia postępowania bez zapewnienia uczciwej konkurencji oraz bez równego traktowania wykonawców.

Na podstawie stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także oświadczeń Stron i Przystępującego oraz dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż stan faktyczny jest niesporny, a opinie i argumenty Stron dotyczące definicji, przesłanek i sposobów badania, czy cena jest ceną rażąco niską, są zbieżne, a przy tym odzwierciedlają poglądy przyjęte w orzecznictwie i praktyce. Poglądy te są zgodne ze stanowiskiem Izby, przy tym zostały wyczerpująco przytoczone powyżej, zatem zbędne jest ich powielanie przez Izbę w niniejszej części wyroku. Kwestią sporną w niniejszym postępowaniu jest to, w jaki sposób wskazane teorie powinny przekładać się na działania Zamawiającego.

Strony zgodnie wskazały na trzy elementy pozwalające podjąć podejrzenia co do zbyt niskiego poziomu oferowanych cen: wartość szacunkową zamówienia, ceny złożonych ofert oraz sytuację na rynku.

Przy tym, co podkreślił Zamawiający, ceny trzech spornych ofert są ze sobą bardzo zbieżne: 2.162.005,92 zł, 2.230.257,60 zł i 2.261.880 zł. Nawet czwarta cenowo oferta nie odbiega od nich w sposób wyraźny, gdyż opiewa na kwotę 2.503.000,00 zł. Jedynie oferta Odwołującego znacząco różni się od wszystkich tych ofert. Zatem w niniejszym postępowaniu nie wystąpiła przesłanka rozbieżności cen złożonych ofert. Wręcz przeciwnie – na co również zwrócił uwagę Zamawiający, sytuacja ta uprawdopodobnia poprawność obliczonych cen. Z kolei, na co powołał się Odwołujący podczas rozprawy, nie ma żadnych dowodów na to, iż oferty z takimi cenami zostały złożone w celu zablokowania Odwołującemu dostępu do rynku.

Odwołujący co prawda przedstawił w odwołaniu i podczas rozprawy częściową kalkulację kosztów, jednak jest ona zbyt pobieżna, by Izba mogła na niej oprzeć swoje rozstrzygnięcie.

W odniesieniu do kolejnego ze wskazanych powyżej elementów – pomimo powoływania się na sytuację na rynku, żadna ze Stron nie podała konkretnych informacji o cenach „rynkowych”, zatem również ta okoliczność nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

Natomiast co do ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia (3.300.000 złotych netto), wskazał on, iż podstawą jej ustalenia był przepis art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym oparł się on nie na cenach rynkowych lub przewidywanym wynagrodzeniu wykonawcy, lecz na łącznej wartości usług wykonanych w przeszłości, które to usługi świadczył Odwołujący, a których cena była dość wysoka. Zamawiający oświadczył też, iż wartość ta była odmienna (wyższa) od oczekiwanej ceny ofert w niniejszym postępowaniu. Natomiast podana przed otwarciem ofert kwota, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, była determinowana obliczoną wartością zamówienia.

Tym samym, jak wynika z oświadczenia Zamawiającego i sposobu ustalenia wartości zamówień powtarzających się okresowo opisanego w art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wartość ta, jakkolwiek formalnie

obliczona w sposób poprawny, nie musiała się pokrywać z przewidywanym w niniejszym postępowaniu wynagrodzeniem wykonawcy, o którym mowa w art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem również ostatnia ze wskazanych podstaw do negowania cen ofert, nie znalazła potwierdzenia.

Oczywiście, niezależnie od opisanych powyższych przesłanek, Zamawiający ma prawo, w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zbadać wysokość cen w każdej sytuacji, w której powźmie podejrzenie co do możliwości zastosowania przez jednego lub większą liczbę wykonawców ceny rażąco niskiej.

Skoro jednak Zamawiający w niniejszym postępowaniu takich wątpliwości nie powziął, to na Odwołującym, zarzucającym mu takie niezgodne z prawem zaniechanie, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego, jako stronie wywodzącej skutki prawne z danego faktu, spoczywa ciężar jego udowodnienia, czego Odwołujący nie uczynił.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 z późn. zm.). Izba nie przyznała Zamawiającemu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika ze względu na nieprzedstawienie rachunków, które są wymagane ww. przepisem rozporządzenia.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....