

WYROK
z dnia 29 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2012 r. przez wykonawcę **Ekosystem S.A., 65-364 Zielona Góra, ul. Kożuchowska 20c** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o., 55-200 Oława, Gać 90,**

przy udziale wykonawcy **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 **zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ekosystem S.A.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zakładu Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o.** na rzecz wykonawcy **Ekosystem S.A.** kwotę 18 600 **zł 00gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. w Gaci - prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi Inżyniera Kontraktu, realizowane w ramach projektu „System gospodarki odpadami Ślęza – Oława”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 września 2011 roku pod poz. 2011/S 171 - 281636.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Pismem z dnia 15 marca 2012 roku (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 16 marca) odwołujący – Ekosystem S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu rażąco naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 186 ust. 3 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego. Odwołujący podniósł, że niesłusznym było odrzucenie jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Ponadto czynność ta oprócz braku podstaw merytorycznych nastąpiła na niewłaściwym etapie postępowania, w sytuacji w której zamawiający zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp oraz postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2012 roku Sygn. akt 326/12 był obowiązany wykonać czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem odwołującego, sformułowanym w poprzednim odwołaniu z dnia 15 lutego 2012 roku.

Odwołujący podniósł również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez bezprawne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego a także nieuzasadniony wybór oferty wybranego wykonawcy. Zamawiający w ten sposób uniemożliwił uzyskanie zamówienia publicznego przez wykonawcę, który spełnił wymogi zamawiającego co do wymaganej wiedzy i doświadczenia, a także zaoferował najniższą cenę.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w toku postępowania zamawiający dwukrotnie wykluczał odwołującego, co skutkowało dwoma odwołaniami – wyrokiem z dnia 13 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2788/11 unieważniono czynność zamawiającego, zaś w drugim przypadku umorzono postępowanie odwoławcze na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w dniu 24 lutego 2012 roku zarzutów zwartych w odwołaniu (postanowienie z dnia 27 lutego 2012 roku sygn. akt KIO 326/12). Wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o. – wybrany przez zamawiającego nie wniósł sprzeciwu od powyższego uwzględnienia.

Odwołujący podniósł, że czynność zamawiającego z dnia 9 lutego 2012 roku polegająca na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp stanowi

rażące naruszenie prawa i jest dowodem niezrozumienia reguł rządzących postępowaniem odwoławczym. Odwołujący przywołał treść art. 186 ust. 3 Pzp i wskazał, że norma ta formułuje bezwzględny nakaz konkretnego zachowania zamawiającego, który nie ma na tym etapie uprawnienia do podejmowania działań sprzecznych z treścią żądań odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 15 lutego 2012 roku, które zamawiający uwzględnił. Jedynymi działaniami dopuszczonymi na gruncie Pzp są działania wymienione w żądaniach zawartych w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu, w tym żądanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Postępowanie zamawiającego jest pozbawione nie tylko podstawy prawnej, ale i elementarnej logiki – nie można bowiem wybrać oferty, którą się następnie odrzuca. Odrzucenie oferty nie może nastąpić na tym etapie postępowania, co potwierdza utrwalone orzecznictwo KIO, w tym postanowienie z dnia 11 października 2011 roku, sygn. akt KIO 2136//11, którego treść odwołujący zacytował w treści odwołania.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podniósł, że zamawiający nie miał także materialnych podstaw, aby uznać cenę oferty odwołującego za rażąco niską. Na wcześniejszym etapie postępowania, zamawiający zwracał się do odwołującego – pismem z dnia 6 grudnia 2011 roku o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej. Pismem z dnia 9 grudnia 2011 roku, odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, których zamawiający nie zakwestionował, przedstawiając inne niż cena przesłanki wykluczenia odwołującego.

Zdaniem odwołującego, całokształt praktyk zamawiającego nosi znamiona działania rażąco bezprawnego, polegającego na bezustannym poszukiwaniu „słabych punktów” oferty odwołującego oraz ich wykorzystywaniu w celu odsunięcia go od postępowania.

Odwołujący, wykazując interes we wniesieniu odwołania, podniósł, że gdyby zamawiający nie dokonał bezprawnego odrzucenia jego oferty, otrzymałby on przedmiotowe zamówienie publiczne z uwagi na złożenie najtańszej oferty. Tym samym odwołujący może ponieść szkodę, w postaci nieotrzymania zamówienia publicznego, a więc utracić korzyści, jakie uzyskałby z tytułu wykonania zamówienia.

Pismem z dnia 21.03. 2012 roku (wpływ 22.03.2012 roku) do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Grontmij Polska S.A.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dwukrotnie dokonał czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Czynność zamawiającego została unieważniona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2012 roku, Sygn. akt. KIO 2788/11, w którym Izba uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Grontmij Polska sp. z o.o. oraz czynności wykluczenia Ekosystem S.A. z postępowania i dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Ekosystem S.A., w tym wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta.

Zamawiający powtórnie wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, stwierdzając, że złożone w wyniku uzupełnienia dokumenty zostały przedstawione w nieodpowiedniej formie. Czynność ta była przedmiotem odwołania z dnia 16 lutego (pismo z dnia 15 lutego) wniesionego przez Ekosystem S.A., w którym odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wybranego wykonawcy,
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wraz z nakazaniem zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej,
5. obciążenie zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionymi przez odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego,
6. przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

W dniu 24 lutego 2012 roku zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania. Wobec braku sprzeciwu ze strony Grontmij Polska Sp. z o.o. (przystępującego po stronie zamawiającego), postanowieniem z dnia 27 lutego 2012 roku (sygn. akt. KIO 326/12) Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Z dokumentacji akt sprawy złożonej przez zamawiającego wynika, że w dniu 8 marca 2012 roku Komisja Przetargowa na skutek umorzenia postępowania odwoławczego, postanowiła na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp unieważnić czynność dotyczącą wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonała ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Z protokołu prac Komisji Przetargowej z dnia 8 marca 2012 roku (w aktach sprawy) wynika, że „Kancelaria prawna w dniu 2.03. br. zaproponowała następujące rozstrzygnięcie procedury przetargowej – odrzucenia oferty firmy Ekosystem, ponieważ ich oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zaproponowała, aby za ofertę najkorzystniejszą wybrać ofertę firmy Grontmij z Poznania”. Jak wynika z treści przywołanego protokołu powyższa propozycja została jednogłośnie przyjęta przez członków Komisji Przetargowej.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Nie budzi wątpliwości, że odwołujący, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, we wniesieniu odwołania. Na skutek czynności zamawiającego odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną może doznać uszczerbku, w postaci nie uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony przystępującego, zamawiający ma obowiązek wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak wynika, z dokumentacji akt sprawy, zamawiający w dniu 8 marca 2012 roku zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu z dnia 15 lutego 2012 roku: unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Zamawiający nie wykonał, zawartego w treści odwołania żądania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, bowiem w toku badania ofert doszedł do wniosku, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że cena oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, obowiązek odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, także wówczas, jeśli w toku ponownego badania i oceny oferty stwierdzi, że istnieją, inne niż wcześniej podniesione (w toku pierwszego badania i oceny ofert) okoliczności uzasadniające

dokonanie tej czynności. Zatem zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek, aby w sytuacji ujawnienia, w toku powtórnego badania i oceny ofert, przesłanek do wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia jego oferty dokonać tych czynności.

Przyjęcie odmiennego stanowiska i stwierdzenie, że w toku powtórnego badania i oceny ofert, zamawiający nie mógłby, w sytuacji zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty, dokonać tej czynności, mogłoby doprowadzić do wyboru oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, należy wskazać, że przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, była znana zamawiającemu na wcześniejszym etapie postępowania, bowiem już w dniu 9 grudnia 2011 roku na skutek skierowanego przez siebie wezwania otrzymał od odwołującego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, których wówczas nie kwestionował. Zamawiający w toku rozprawy stwierdził, że nie oceniał złożonych wyjaśnień z uwagi na okoliczność, że zaistniały przesłanki do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, postępowanie zamawiającego polegające na dokonywaniu odrębnych, w różnych terminach czynności poinformowania o wykluczeniu wykonawcy, a następnie wobec uznania bezskuteczności tej czynności, informowanie o przesłankach odrzucenia oferty odwołującego, które znane były zamawiającemu wcześniej, nie jest uzasadnione z punktu widzenia szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Racjonalnym byłoby, choć istotnie zasada ta nie wynika z przepisów ustawy Pzp, informowanie wykonawców o wszystkich zaistniałych przesłankach do wykluczenia czy odrzucenia ofert w toku jednej czynności badania i oceny ofert. W rozpatrywanej sprawie jest to tym bardziej uzasadnione, że okoliczność udzielenia „niewystarczających” wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, była zamawiającemu znana w toku pierwszej oceny ofert.

Oceniając zasadność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zamawiający dokonał niewłaściwej oceny złożonych w dniu 9 grudnia 2011 roku wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 1 606, 314 zł netto. Odwołujący zaproponował realizację zamówienia za cenę 753 602, 55 zł brutto, 612 685 zł netto. Przystępujący - Grontmij Polska Sp. z o.o. zaproponował cenę 1 075 635 zł brutto. Ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oscylowały od 1 098 390 zł (konsorcjum Ekocentrum Sp. z o.o. oraz B - Act Sp. z o.o.) aż do 2 233 212, 60 zł (ILF consulting Engineers Polska Sp. z o.o.).

Analiza zaoferowanych cen w przedmiotowym postępowaniu, wskazuje na dużą rozpiętość cenową, co świadczy o dużej konkurencji na rynku tego typu usług jak również o tym, że główne koszty tego typu usług zależą w znacznej mierze od subiektywnej wyceny wartości prac przez poszczególne osoby uczestniczące w realizacji zamówienia. Najistotniejszym bowiem składnikiem wpływającym na cenę oferty są wynagrodzenia kadry ekspertów (inspektorów). Odnośnie tego składnika cenowego, odwołujący w wyjaśnieniach podał, że „Połowę obsady kadrowej stanowią nasi pracownicy etatowi, co również pozwala na obniżenie ceny. Pozostali eksperci pochodzą z okolic miejsca realizacji zamówienia (max 20 km) co wpływa na obniżenie kosztów dojazdów oraz zeruje koszty zakwaterowania w wynegocjowane z nimi stawki wynagrodzeń m-cznych zapewniają obniżenie ceny naszej oferty”.

Ponadto, odwołujący wskazał na następujące elementy, które wyróżniają jego ofertę jako konkurencyjną: własne biuro projektów zatrudniające doświadczony zespół, dzięki czemu weryfikacja dokumentacji, problemy projektowe w trakcie realizacji mogą być rozwiązywane bez potrzeby korzystania z usług ekspertów zewnętrznych, podmiot wykonawczy w strukturze firmy, dzięki czemu usługi wykonywane będą pod nadzorem doświadczonej kadry m.in. technologów.

W załączeniu do złożonych wyjaśnień odwołujący przedstawił tabelę z kalkulacją kosztów, w tym wynagrodzeń dla poszczególnych ekspertów, kosztów utrzymania biura, sekretarki oraz pozostałych kosztów związanych z realizacją kontraktu. W kalkulacji tej odwołujący wskazał także na zakładany zysk w wysokości 6 066,19 zł.

Złożone wyjaśnienia, w których wykonawca wskazał podstawowe wielkości stanowiące podstawę kalkulowania ceny oferty, tj. koszt osobowe, rzeczowe i przewidywany poziom zysku a także obiektywne czynniki wpływające na obniżenie ceny oferty (własne biuro projektowe, zaangażowanie pracowników etatowych czy brak kosztów dojazdu) stanowią, w ocenie Izby, wystarczające wyjaśnienia w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak również Sądów Okręgowych ukształtował się pogląd, że za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień to jest wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przywołać należy w tym miejscu wyrok z dnia 30 stycznia 2007 roku SO w Katowicach Sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Złożone przez odwołującego wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny są wystarczające i potwierdzają możliwość wykonania zamówienia za cenę podaną w ofercie. Dodatkowo o opłacalności zamówienia świadczy zakładany przez odwołującego zysk, który wskazał w kalkulacji złożonej wraz z wyjaśnieniami.

Izba wskazuje, że dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Wystąpienie takie stwarza bowiem domniemanie prawne, że cena oferty jest rażąco niska, a celem udzielonych wyjaśnień jest obalenie tego domniemania. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przy ocenie wyjaśnień zamawiający zobligowany jest brać 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. W sytuacji, gdy zamawiający nie uznaje złożonych wyjaśnień za wystarczające, to zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodów (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp), winien wykazać, że ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego została dokonana w sposób prawidłowy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy pzp.

Tymczasem zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego dokonał jedynie porównania przewidzianych przez odwołującego średniomiesięcznych składników wynagrodzenia ekspertów z aktualnymi cenami rynkowymi i stwierdził, że wynagrodzenie te są rażąco niskie a odwołujący nie wykazał „okresu czasu, przez jaki planuje zatrudniać osoby oraz prowadzić obsługę kontraktu, co budzi uzasadnione podejrzenia, że realizacja usługi Inżyniera Kontraktu nie będzie wykonywana przez cały okres trwania prac i z należytą starannością”. Izba wskazuje, że zamawiający wzywając do składania wyjaśnień nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje, nie wskazał na wymóg podania okresu czasu zatrudnienia osób czy prowadzenia obsługi kontraktu, nie wymagał także podania którzy „konkretnie eksperci stanowią Państwa etatowych pracowników i w jaki sposób wpływa to na obniżenie ich wynagrodzenia”. Zatem podniesione przez zamawiającego wątpliwości w piśmie z dnia 9.03.2012 roku informującym o odrzuceniu oferty nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego.

Reasumując, zdaniem Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe, 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, zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 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: