

Sygn. akt: KIO 1868/11

WYROK
z dnia 13 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę Bożenę Dzikowską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska w Pruszczu Gdańskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji "WIK" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszczu Gdańskim

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Bożenę Dzikowską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska w Pruszczu Gdańskim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bożenę Dzikowską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska w Pruszczu Gdańskim tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Bożeny Dzikowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska w Pruszczu Gdańskim na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji "WIK" Spółki ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszczu Gdańskim kwotę 4.650zł 03 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, kosztów dojazdu, kosztów pobytu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji WIK Sp. z o.o. w Pruszczu Gdańskim - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej projektu pn. Budowa sieci wodociągowo - kanalizacyjnej na osiedlu Strzeleckiego w Pruszczu Gdańskim -etap II Zadanie B

25 sierpnia 2009 r. zamawiający przesłał informację o wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robot Wodociągowych i Kanalizacyjnych „WPRWIK” S.A. w Gdańsku jako najkorzystniejszej. Jednocześnie poinformował, iż oferta Bożeny Dzikowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska w Pruszczu Gdańskim została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż wykonawca nie wyjaśnił na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp elementów cenotwórczych oferty, nie odniósł się do cen materiałów wyspecyfikowanych w materiałach przetargowych wraz z potwierdzeniem spełniania ustalonych wymagań, kosztów robocizny z uwzględnieniem stawek roboczogodziny, kosztów pośrednich, kosztów zakupu i poziomu zysku. Złożone wyjaśnienia zamawiający ocenił jako zbyt ogólnikowe i nie odpowiadające wymaganiom ustawy.

Boena Dzikowska wniosła odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 sierpnia 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena tej oferty jest porównywalna z ceną oferty wybranej, w świetle braku wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny konsorcjum MOTA-ENGIL&ELTOR która również zawiera cenę podobną do ceny oferty odwołującego i wybranego wykonawcy;
- 2) art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. pkt 10 i 11 Pzp, polegające na zażądaniu w wezwaniu do wyjaśnień ceny podania cen materiałów, robocizny' kosztów pośrednich, kosztów zakupu i poziomu zysku, podczas gdy te informacje nie były żądane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień cen złożonych przez odwołującego oraz przez uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę;

5) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że samo wezwanie do wyjaśnień ceny nie rodzi negatywnych konsekwencji po stronie wezwanego wykonawcy, dopiero odrzucenie oferty może wywoływać szkodę, stąd odwołanie jest składane na czynność odrzucenia oferty, której wadliwość wynikała nie tylko z błędnej oceny wyjaśnień, ale również niezasadnego wezwania do ich złożenia. Podał, że w postępowaniu złożono 6 ofert, z czego jedna zawierała cenę w sposób znaczący niższą od pozostałych, reszta była cenowo zbliżona, a żadna oferta nie zawierała zaś ceny, która chociażby zbliżyła się do wartości szacunkowej zamówienia. W oparciu o procentowe zależności pomiędzy tą kwotą, a cenami ofert oraz procentowe wskaźniki cen ofert do ceny oferty najdroższej wywodził, że zamawiający przeszacował wartość zamówienia, która nie odpowiadała wartości rynkowej. Odwołujący wyjaśniał, że spośród sześciu złożonych ofert tylko jedna oferta była dużo niższa cenowo od pozostałych. Ceny ofert sklasyfikowanych w tabeli powyżej na miejscach 2-5 były zbliżone.

Odwołujący wskazał, że załączył do oferty kosztorys ofertowy, w którym wypełnił wszystkie wymagane pozycje. Zamawiający nie miał zaś prawa żądać w wezwaniu podania bardziej szczegółowych informacji, niż wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił, że oceniając wyjaśnienia złożone przez odwołującego oraz wykonawcę, którego ofertę wybrano, zamawiający nierówno potraktował wykonawców oraz niewłaściwie ocenił wyjaśnienia, gdyż różnica w cenach ich ofert wynosi 34.485,21 zł netto, a jedyną pozycją, w której odwołujący jest tańszy od „WPRWiK” S.A. jest kanalizacja sanitarna (667.035,00 zł netto w kosztorysie Odwołującego, a 890.458,21 zł netto w kosztorysie „WPRWiK” S.A.).

Odwołujący, odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, uznał negatywną ocenę wyjaśnień z powodu braku załączenia do wyjaśnień dowodów za niezgodną z przepisami ustawy. Podkreślił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zamawiający odrzucając ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, w nie uzasadnił swojej decyzji, nie odniósł się ani do okoliczności podanych w wyjaśnieniach, ani do jego kosztorysu z oferty, a nawet nie stwierdził, że za cenę zaoferowaną przez odwołującego nie da się wykonać niniejszego zamówienia.

Przedsiębiorstwo Robot Wodociągowych i Kanalizacyjnych „WPRWiK” S.A. w Gdańsku, zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wobec zgłoszenia przystąpienia w zastrzeżonej w art. 185 ust. 2 Pzp w formie pisemnej z

uchybieciem terminu przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia, Izba uznała je za bezskuteczne.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Odwołujący cofnął zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień Konsorcjum „MOTA-ENGIL” & ELTOR.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 183070.

Zamawiający ustalił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert.

W postępowaniu złożono 5 ofert odpowiednio z cenami:

1. Mieczysław Skibiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PWISRB SKIBIŃSKI - 1.427.803,22 zł;
2. PW „WOD-KAN-GRZENKOWICZ” Sp. z o. o. - 1.816.704,44 zł;
3. odwołujący - 2.159.754,23 zł;
4. „WPRWiK” S.A. - 2.202.171,04 zł;
5. Konsorcjum MOTA-ENGIL & ELTOR - 2.336.817,22 zł;
6. Jan Miętki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZIS i C.O. Jan Miętki - 2.939.600 zł.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.566.429,06 zł.

W toku badania i oceny ofert zamawiający pismem z 12 sierpnia 2011 r. zwrócił się do pierwszych czterech wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach oferowanych cen wykonania kanalizacji wodociągowej i sieci kanalizacji sanitarnej (pierwszych dwóch wykonawców) albo sieci kanalizacji sanitarnej (odwołujący oraz „WPRWiK” S.A.) należy odnieść się w szczególności do cen materiałów wyspecyfikowanych w materiałach przetargowych wraz z potwierdzeniem ustalonych wymagań, kosztów robocizny z uwzględnieniem kosztów roboczogodziny oraz kosztów pośrednich kosztów zakupu i poziomu zysku.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp odrzuci ofertę wykonawcy który nie złożył wyjaśnień lub jeśli wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera cenę rażąco nisko w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W wyniku udzielonych wyjaśnień wykonawcy Mieczysław Skibiński oraz PW „WOD-KAN-GRZENKOWICZ” Sp. z o.o. stwierdzili, że wobec nieoszacowania wskazanych pozycji nie są w stanie wykonać zamówienia za podaną cenę (ich oferty zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). WPRWiK złożył wyjaśnienia podając wprost wskazane przez zamawiającego dane oraz załączając dokumenty m. in. ofertę hurtowni. Natomiast odwołujący w wyjaśnieniach z 18 sierpnia 2011 r. wskazał na nieznaczące różnice w cenach ofert. Oświadczył, że zaoferował cenę rynkową, a ceny materiałów zostały skalkulowane na niskim poziomie dzięki dużemu obrotowi wynikającemu z rozmiaru przedsiębiorstwa oraz współpracy z hurtownią. Wskazał również, że koszty robocizny, koszty pośrednie, koszty zakupu i poziomy zysku zostały indywidualnie przystosowane do postępowania w celu uzyskania oferty najkorzystniejszej zarówno dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego oraz potwierdził gotowość realizacji zamówienia za podaną cenę.

Izba dokonała ustaleń na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania oraz wymienionych pism.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, a naruszenia przepisów ustawy powodują możliwość poniesienia przez niego szkody – utraty korzyści związanych z realizacją umowy.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu w granicach określonych zarzutami odwołania oraz wynikających z art. 180 ust. 2 Pzp. Przywołany przepis ogranicza wniesienia odwołania - w postępowaniach o mniejszej wartości przysługuje ono jedynie wobec wymienionych enumeratywnie czynności zamawiającego. Ustawodawca dał możliwość kwestionowania przez wykonawców jedynie czynności zamawiającego godzących wyłącznie w sferę jego podstawowych uprawnień, wyłączając możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej przeciwko konkurującym wykonawcom.

Z tego względu Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego dopuszczalności czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Czynność to nie została wskazana w art. 180 ust. 2 Pzp, zatem badanie, czy w okolicznościach sporu, zamawiający mógł powziąć wątpliwości, co do wysokości ceny oferty odwołującego, w tym odniesienie się do prawidłowości ustalenia wartości zamówienia, było niedopuszczalne.

Stosownie do art. 181 ust. 1 Pzp odwołującemu wobec dokonania wezwania oraz jego treści przysługiwało prawo do poinformowania zamawiającego o dokonaniu przez zamawiającego czynności niezgodnej z przepisami ustawy.

Izba nie podziela poglądu odwołującego, że sam fakt wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie rodzi negatywnych skutków dla wykonawcy, które powstać miałyby dopiero z chwilą odrzucenia oferty. Izba nie dostrzega ścisłej analogii w sytuacji wykonawcy wezwanego do uzupełnienia pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z sytuacją wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Zważyć trzeba, przede wszystkim, że sam fakt nie złożenia w wyniku wezwania pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów nie stanowi, w obecnym stanie prawnym, samoistnej podstawy wykluczenia wykonawcy. Tymczasem brak złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę powoduje, że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp obowiązkiem Izby jest rozpoznanie odwołania w granicach podniesionych w nim zarzutów. Izba rozpoznała odwołanie z uwzględnieniem podstawy odrzucenia oferty odwołującego – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, badając czy wyjaśnienia udzielone przez odwołującego zawierają elementy uzasadniające w sposób zobiektywizowany wysokość zaoferowanej ceny.

Izba uznała bowiem, że jeśli zamawiający jest w stanie skonkretyzować wątpliwości, podać przyczyny, które uzasadniają przypuszczenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, to działając z należytą starannością, winien wskazać je w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Jednak sam brak ścisłej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie może stać się podstawą odrzucenia oferty. Toczony na rozprawie spór o to, czy zamawiający żądał podania szczegółowych elementów kalkulacji cen, czy tylko żądał odniesienia się do nich przez odwołującego jest bezprzedmiotowy, już wobec brzmienia art. 90 ust. 3 Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska, co w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej oraz Sądów Okręgowych interpretowane jest jako złożenie wyjaśnień, które nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy a należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone.

Również sam fakt, iż odwołujący nie złożył dowodów popierających złożone wyjaśnienia, nie stanowi *verba legis* uzasadnienia odrzucenia oferty. Odwołujący może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko.

Zatem w okolicznościach sporu podstawą odrzucenia oferty odwołującego może być wyłącznie brak wskazania w sposób przekonujący obiektywnych czynników uzasadniających w danych okolicznościach sprawy wysokość zaoferowanej ceny.

W ustalonych w czasie rozprawy okolicznościach sporu Izba uznała, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnień odwołującego, a odwołanie jako bezzasadne podlega oddaleniu.

Konstrukcja art. 90 ust. 3 Pzp wskazuje na doniosłość badania ceny oferty. Zamawiający w razie powzięcia wątpliwości, co do prawidłowości obliczenia ceny oferty, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, a obowiązkiem wykonawcy jest należyta odpowiedź na wezwanie. Lekceważenie wezwania, w postaci milczenia wykonawcy, albo udzielenia wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należyłą starożytnością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień.

Izba zważyła w szczególności na okoliczności faktyczne sporu. W wyniku dokonanego wezwania wykonawca pierwszy i drugi w kolejności przyznali, że nie wycenili całego przedmiotu zamówienia, a wykonanie umowy będzie dla nich nieopłacalne, WPRWiK S.A. złożył wyjaśnienia odnoszące się w sposób ścisły do podnoszonych przez zamawiającego wątpliwości oraz poparł je dokumentami. Tymczasem odwołujący złożył wyjaśnienia, których stopień ogólności nie uzasadnia, w świetle zasad logiki oraz doświadczenia życiowego, prawidłowości dokonanej przez niego kalkulacji, przez co cel żądania udzielenia wyjaśnień (uzyskanie racjonalnej pewności, że za podaną cenę dany wykonawca jest w stanie należycie wykonać zamówienie) nie został osiągnięty.

Duży obrót przedsiębiorstwa odwołującego wprawdzie może stanowić czynnik o obiektywnym charakterze, jednak nie został wskazany w żaden sposób jego wpływ na cenę oferty. Znaczenie danego czynnika w kalkulacji dokonywanej przez wykonawcę nie powinno być przedmiotem domniemania zamawiającego, lecz powinno wynikać ze złożonych wyjaśnień. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonywujących, że cena nie jest rażąco niska jest obowiązkiem wykonawcy.

Również wskazywana współpraca z hurtownią nie może rozproszyć zaistniałych wątpliwości, jako że czynnik ten jest dostępny wszystkim przedsiębiorcom działającym w branży, a przypuszczenie, że pozostali uczestnicy postępowania nie korzystają z niego jest wręcz absurdalne. Brak jakichkolwiek danych, poza ogólnym oświadczeniem, uniemożliwia jego powiązanie z ceną oferty odwołującego.

Natomiast stwierdzenie, iż elementy ceny zostały skalkulowane na potrzeby postępowania, zamiast rozproszyć wątpliwości zamawiającego co do możliwości należytego wykonania umowy przez odwołującego za podaną cenę, mogą je jedynie wzmocnić, zwłaszcza wobec oświadczenia pełnomocnika odwołującego złożonego na rozprawie. Skoro, zgodnie z oświadczeniem, wykonawca kalkulując cenę oferty przyjmuje jedynie pewne dane wyjściowe

i nie ma obowiązku gromadzić dokumentów potwierdzających prawidłowość tych danych, to rodzi się pytanie, na jakiej podstawie dane te zostały przyjęte do kalkulacji.

Izba zważyła, że ocena wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, winna mieć zindywidualizowany charakter. Różnice w uwarunkowaniach ekonomicznych, biznesowych oraz sytuacji finansowej poszczególnych wykonawców, mogą spowodować, że wysokość ceny za którą dany wykonawca może należycie wykonać zamówienie oraz osiągnąć zysk na jego realizacji, spowoduje u innego wykonawcy konieczność realizację zamówienia poniżej kosztów.

Prezentowane rozumienie instytucji badania ceny oferty oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp znajduje potwierdzenie w orzeczeniach Sądów Okręgowych.

Izba uznała, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zgodnie z przepisami ustawy i nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oddaliła odwołanie. Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocników zamawiającego, koszty dojazdu, noclegu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw na podstawie złożonego spisu kosztów oraz rachunków.

Przewodniczący:.....