

Sygn. akt: KIO 1133/14

WYROK

z dnia 12 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **J. W. i M. W. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „VORTEX” W & W sp. c. J. W. & M. W. z siedzibą w Pelplinie, Plac Grunwaldzki 8, 83-130 Pelplin** w postępowaniu prowadzonym przez **Technikum Leśne w Białowieży, ul. Park Dyrekcyjny 1A, 17-230 Białowieża**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę J. W. i M. W. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „VORTEX” W & W sp. c. J. W. & M. W. z siedzibą w Pelplinie oraz nakazuje dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy J. W. i M. W. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „VORTEX” W & W sp. c. J. W. & M. W. z siedzibą w Pelplinie

2. kosztami postępowania obciąża Technikum Leśne w Białowieży, ul. Park Dyrekcyjny 1A, 17-230 Białowieża i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 00 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. W. i M. W. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „VORTEX” W & W sp. c. J. W. & M. W. z siedzibą w Pelplinie, Plac Grunwaldzki 8, 83-130 Pelplin** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Technikum Leśnego w Białowieży, ul. Park Dyrekcyjny 1A, 17-230 Białowieża** na rzecz wykonawcy **J. W. i M. W. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „VORTEX” W & W sp. c. J. W. & M. W. z siedzibą w Pelplinie, Plac Grunwaldzki 8, 83-130 Pelplin** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1133/14

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

Technikum Leśne w Białowieży, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji dźwiękowego systemu ostrzegawczego wraz z dostosowaniem punktu zasilania elektrycznego 230V dla potrzeb instalacji DSO w budynku Internatu przy Technikum Leśnym w Białowieży”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 kwietnia 2014 r., poz. 134876.

W dniu 30 maja 2014 r., poprzez zamieszczenie ogłoszenia o wynikach postępowania na swojej stronie internetowej, zamawiający poinformował wykonawcę J. W. i M. W. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „VORTEX” W & W sp. c. J. W. & M. W. z siedzibą w Pelplinie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia.

W dniu 4 czerwca 2014 r. (pocztą elektroniczną) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 4 czerwca 2014 r.) wobec czynności zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, tj.:

1. od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia
2. od czynności wyboru oferty wykonawcy „Delta” Spółka Jawna K., H. z siedzibą w Białymstoku jako oferty najkorzystniejszej.
zarzucając zamawiającemu naruszenie:
 1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i błędne uznanie, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
 2. art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji gdy oferta wykonawcy „Delta” Spółka Jawna K., H. z siedzibą w Białymstoku nie była ofertą najkorzystniejszą
 3. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę wyrażoną w treści tego przepisu, w tym w szczególności poprzez brak zawarcia w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazania uzasadnienia faktycznego powodów uznania jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, czym czyni niemożliwym odniesienie się do argumentacji zamawiającego i powoduje niemożność skutecznej ochrony jego interesów

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego przesłania informacji o odrzuceniu ze wskazaniem podstawy prawnej i faktycznej
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
3. powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego
4. powtórzenia czynności wyboru oferty oraz dokonania wyboru odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający w informacji o wyniku postępowania nie wskazał żadnego uzasadnienia faktycznego ani merytorycznego decyzji o odrzuceniu jego oferty, jak również nie sprecyzował powodów, dla których uznał ofertę odwołującego za ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Takie zachowanie zamawiającego narusza przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w tym art. 7 ustawy Pzp, poprzez uniemożliwienie odwołującemu poznania podstaw odrzucenia oferty. Odwołujący nie może domyślać się bowiem motywów decyzji dotyczących odrzucenia jego oferty.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż ceny zaoferowane przez innych wykonawców w tym postępowaniu są cenami zbliżonymi, tym bardziej, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu oprócz kryterium ceny w 80%, brał również pod uwagę długość realizacji prac objętych niniejszym postępowaniem i powyższe kryterium miało wpływ na cenę w wielkości 20%. Odwołujący zaoferował wykonanie prac w terminie 14 dni, a wybrana oferta przewidywała wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 32 dni. Tak więc oferta odwołującego była korzystniejsza, w tym zakresie, od ofert pozostałych wykonawców. Oferta odwołującego była także najkorzystniejsza pod względem ceny. Nie bez znaczenia jest to, iż odwołujący dokonując zakupu urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, opłacać będzie VAT w wysokości 23%, a następnie sprzeda te urządzenia wraz z wykonanymi pracami na rzecz zamawiającego z stawką VAT 8 %. Powyższe powoduje, iż odwołujący uprawniony będzie z wystąpieniem z wnioskiem do Urzędu Skarbowego o zwrotu różnicy podatku VAT w wysokości 15 % jako podatku nadpłaconego lub rozliczenia tego podatku przy kolejnym realizowanym zamówieniu, co pozwoli mu „zaoszczędzić ” różnice podatku VAT. Także na zaoferowanie przez odwołującego tak korzystnej stawki ma wpływ, krótki okres wykonywania przedmiotu

zamówienia, przy użyciu własnego zaplecza technicznego z uwzględnieniu wprowadzonego do przedsiębiorstwa systemu zarządzania jakością. Skoro odwołujący wynegocjował stawki za jedną dobę pobytu pracownika w kwocie 20,00 zł brutto w internacie Technikum, to bez wątplenia jest to bardzo korzystna stawka powodująca, iż jego cena może być bardziej korzystna od pozostałych oferentów. Także wprowadzony system zarządzania jakością i nowatorska technologia wykonania pozwoliły skrócić termin realizacji prac do 14 dni, co także wpływa bardzo korzystnie na cenę i zmniejsza koszty wytworzenia przedmiotu umowy o kolejne ok. 20 %.

Nadto dodał, iż punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający, w swym wezwaniu z dnia 9 maja 2014 roku nie wskazał, ani jednej ceny (pozycji), która w jego ocenie jest rażąco niska, poprosił tylko o podanie producentów dostarczanych urządzeń i podanie urządzeń niezbędnych do instalacji. Na przesłane wezwanie pomimo tego, iż naruszało ono przepisy ustawy o zamówieniach publicznych odwołujący szczegółowo odpowiedział i wskazał żądane informacje, a mimo to jego oferta został odrzucona.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający, w dniu 30 maja 2014 r., zamieścił na swej stronie internetowej „ogłoszenie o wyniku postępowania”, informując wykonawców m.in. o tym, iż oferta odwołującego „podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający powinien więc podać wszystkie podstawy, a zwłaszcza wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi odrzucenie oferty nastąpiło. Uzasadnienie faktyczne powinno wyczerpująco opisywać przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, by wykonawca miał możliwość ewentualnego odniesienia się do nich przy wnoszeniu odwołania. Wykonawca może bowiem swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izbą. Tymczasem poza wskazaniem podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie podał żadnych okoliczności faktycznych, które zdecydowały o jej odrzuceniu. Przekazana przez niego informacja jest ogólnikowa, a tym samym nie czyni zadość wymogom z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający przed otwarciem ofert podał „wysokość środków, jakie przeznaczył na realizację zamówienia – 292.000,00 zł brutto”.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 5 ofert (oferta nr 1 - 248.400,00 zł brutto; oferta nr 2 (odwołującego) - 214.920,00 zł brutto; oferta nr 3 - 264.600,00 zł brutto; oferta nr 4 - 285.077,10 zł brutto oraz oferta nr 5 - 255.798,00 zł brutto).

Zamawiający, pismem z dnia 9 maja 2014 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie skalkulowania oferty i podanie:

1. „kosztów materiałów i urządzeń potrzebnych do instalacji DSO oraz podanie producentów tych urządzeń
2. kosztów materiałów i urządzeń potrzebnych przy dostosowaniu zasilania elektrycznego do potrzeb instalacji DSO
3. wyjaśnienie krótkiego terminu realizacji robót”.

Odwołujący, pismem z dnia 15 maja 2014 r., wskazał, iż cena jego oferty stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania

zamówienia, podając na czym one polegają. Nadto odpowiadając na pytania zamawiającego podał:

„8) Koszt urządzeń potrzebnych do instalacji DSO to 98.000,00 netto, a producentem Systemu DSO jest Firma BOSCH, szafa dystrybucyjna rack 42U Firmy MERAWEX. Koszt materiałów instalacyjnych potrzebnych do instalacji DSO wyniesie 210.000,00 netto.

Producenci:

-przewody BITNER

-koryta ABAX

-kołki, uchwyty HILTI

9) Koszt urządzeń potrzebnych przy dostosowaniu zasilania elektrycznego do potrzeb instalacji DSO to 2.600,00 netto.

Koszt materiałów potrzebnych przy dostosowywaniu zasilania elektrycznego do potrzeb instalacji DSO to 2.900,00 netto”,

jak również wskazał okoliczności, które spowodowały zaoferowanie wykonania zamówienia w 14 dni, oświadczając jednocześnie, iż w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, oraz został uwzględniony zysk w wysokości 15%.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający, jak podniósł na rozprawie, powziął wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez odwołującego jako ceny, za którą nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał bowiem, iż cena wskazana przez tego odwołującego jest ceną nierealną.

W postępowaniu złożono 5 ofert. Niemniej jednak ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców były zbliżone do cen ofert konkurentów, jak i kwoty, którą zamawiający podał jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. 292.000,00 zł. (protokół z otwarcia ofert). Z akt sprawy nie wynika jaka jest wartość szacunkowa zamówienia. Jednak zamawiający oświadczył na rozprawie, iż wartość ta wynosi 489.992,36 zł brutto i ustalona została na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający dokonując badania ofert w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia, jak również do cen innych ofert. W tym stanie faktycznym ceny ofert są porównywalne z ceną zaoferowaną przez odwołującego, natomiast różnią się od ceny ustalonej na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Ceny te nie różnią się przy tym znacznie od kwoty jaką zamawiający podał jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację tego zamówienia. Z zestawienia tych kwot (cen ofert poszczególnych wykonawców) wynika, że cena ofertowa odwołującego stanowi około 73% kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Różnica ta nie oznacza

jednak, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska. Cena oferty odwołującego mieści się w granicach cen rynkowych. Jest bowiem zbliżona do cen ofert zaoferowanych, w tym konkretnym postępowaniu, przez innych wykonawców. Różnice w cenach tych ofert są bowiem niewielkie. Taka rozpiętość cen jest naturalna w postępowaniu o zamówienie publiczne, a udzielenie zamówienia spełniającego oczekiwania zamawiającego z jak najniższą ceną jest celem udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych. Nie można więc z faktu zaoferowania ceny niższej niż inni wykonawcy wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych. Oznacza to, iż nie było podstaw, aby wzywać odwołującego do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Niemniej jednak zamawiający, wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zadał konkretne pytania, na które odwołujący udzielił jednoznacznych i szczegółowych odpowiedzi, adekwatnych do treści skierowanego zapytania. Nadto podał szereg okoliczności, które miały wpływ na wysokość skalkulowanej przez niego ceny, tym samym uzasadniając przyczyny, dla których cena została skalkulowana na takim a nie innym poziomie. To zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony uznał, iż cena oferty odwołującego jest rażąco niska. Porównywał ceny produktów – jak sam oświadczył na rozprawie - do cen katalogowych, które jak słusznie podniósł odwołujący są cenami detalicznymi i nie mogą w tym stanie faktycznym (w obliczu bardzo szczegółowych wyjaśnień odwołującego) stanowić potwierdzenia tezy, iż wykonawca za realizację przedmiotu zamówienia podał cenę rażąco niską. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdzi się.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczenia (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: