

Sygn. akt: KIO/UZP 1354/10

WYROK
z dnia 15 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Honorata Łopianowska

Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Produkcyjne INKOM Sp. z o.o. i Zdzisław Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, 97-400 Bełchatów, ul. Pabianicka 67** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** protestu z dnia 2 czerwca 2010 r.

przy udziale wykonawcy **BinŻ S.A., 97-400 Bełchatów, ul. Olsztyńska 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Produkcyjne INKOM Sp. z o.o. i Zdzisław Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, 97-400 Bełchatów, ul. Pabianicka 67 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Produkcyjne INKOM Sp. z o.o. i Zdzisław Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, 97-400 Bełchatów, ul. Pabianicka 67,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Produkcyjne INKOM Sp. z o.o. i Zdzisław Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, 97-400 Bełchatów, ul. Pabianicka 67.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. PGE Elektrownia Bełchatów S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostosowanie składowiska popiołu i żużla Lubień do eksploatacji w X etapie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2010 r. pod pozycją 2010/S 22-031479.

W dniu 26 maja 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BinŻ S.A.

W dniu 2 czerwca 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Produkcyjne INKOM Sp. z o.o. i Zdzisław Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski złożyli protest wobec zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności wezwania wykonawcy BinŻ S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z zaferowaniem realizacji przedmiotu zamówienia za cenę nierealistyczną z punktu widzenia zakresu i przedmiotu zamówienia. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o. i Zdzisław Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski zwani dalej Odwołującym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzając przy tym, że zawarta w zaistniałych w postępowaniu okolicznościach umowa o udzielenie zamówienia publicznego byłaby nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wobec faktu, że cena zaferowana przez wykonawcę BinŻ S.A. jest niższa o około 37% od szacunkowej wartości zamówienia, o około 2 000 000 zł niższa od ceny zaferowanej przez drugiego w kolejności wykonawcę oraz o około 17% niższa od średniej cen zaferowanych w niniejszym postępowaniu, Zamawiający był zobligowany do wezwania ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie zaferowania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty BinŻ S.A.,

- wezwanie BinŻ S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny,
- odrzucenie oferty BinŻ S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp,
- dokonanie ponownego badania ofert przez ewentualną weryfikację złożonych wyjaśnień zgodnie z wymogami określonymi w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 14 czerwca 2010 r. (pismem z dnia 11 czerwca 2010 r.) przez jego oddalenie w całości. Zamawiający oświadczył, że nie stwierdził podstaw do domniemania, że cena zaoferowana przez BinŻ S.A. jest rażąco niska, a tylko wówczas zasadne byłoby wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający oświadczył, że dokonał analizy ofert nie podlegających odrzuceniu porównując je między sobą oraz z kosztorysem inwestorskim pod względem realności operowania poszczególnymi składnikami cenotwórczymi i stwierdził, że mimo rozbieżności cenowych między poszczególnymi ofertami, wyceny zostały sporządzone w sposób prawidłowy.

W dniu 29 czerwca 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście. Dodatkowo wskazał, że w wyniku przeprowadzonych badań i analizy dostarczonych kosztorysów, wartość robót budowlanych i instalacyjnych określona w poszczególnych kosztorysach oraz wartość przedmiotowej inwestycji ogółem wynikająca z kosztorysów ofertowych wynosi 13 289 696,31 zł netto.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty BinŻ S.A.,
- wezwanie BinŻ S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny,
- odrzucenie oferty BinŻ S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp,
- dokonanie ponownego badania ofert przez ewentualną weryfikację złożonych wyjaśnień zgodnie z wymogami określonymi w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- o powołanie biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych na okoliczność zbadania czy kwota 11 520 000 zł netto nie jest kwotą rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, cen rynkowych, cen innych wykonawców składających ofertę w tym postępowaniu oraz szacunkowej wartości zamówienia.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Odwołujący zweryfikował tezę dowodową wniosku o powołanie biegłego wnosząc o powołanie biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych na okoliczność potwierdzenia, że kwota 11 520 000 zł netto jest kwotą rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 28 stycznia 2010 r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. W tym samym dniu Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Europejskich. Tym samym, wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Szacunkowa wartość zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 18 300 000 zł, co stanowi równowartość 4 720 000 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, Druk ZP-1).

Ranking ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu pod względem zaofferowanych cen kształtuje się następująco:

1. BinŻ S.A. – 14 054 400 zł,
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Produkcyjne INKOM Sp. z o.o. i Zdzisław Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski – 16 457 800 zł,
3. Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. – 16 624 395,42 zł,
4. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. i EKOTECH Sp. z o.o. – 21 330 480 zł.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia protokołu z postępowania (Druk ZP-1), Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, ofert złożonych w postępowaniu oraz po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika postępowania Izba zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego podniesionych w proteście i odwołaniu zarzutów – potwierdzenie się zarzutu odnośnie konieczności wezwania wykonawcy BinŻ S.A. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ut. 1 ustawy Pzp bądź odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dawałoby Odwołującemu, w przypadku uznania przez Zamawiającego ceny zaoferowanej przez BinŻ S.A. za rażąco niską lub w przypadku braku złożenia żądanych wyjaśnień, możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia ze względu na sklasyfikowanie oferty Odwołującego bezpośrednio po ofercie wybranego wykonawcy.

Izba za przedwczesny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BinŻ S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę. Wskazać należy, że dokonanie takiej czynności każdorazowo musi zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na nie dokonanie ww. czynności przez Zamawiającego w stosunku do wykonawcy BinŻ S.A. Izba stwierdziła, że przedmiotem protestu i odwołania może być na obecnym etapie postępowania jedynie zaniechanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień oraz ustalenie czy zachodzą podstawy do dokonania ww. czynności.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie miał obowiązku wszczynania procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przed danego wykonawcę cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zwrócenie się o udzielenie ww. wyjaśnień jest zatem uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi, że cena zaoferowana odbiega od prawidłowo ustalonej szacunkowej wartości zamówienia, cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, co nie znajduje uzasadnienia w charakterze przedmiotu zamówienia i specyfice rynku.

Izba stwierdziła, że wobec oświadczenia Zamawiającego o zawyżeniu przez niego szacunkowej wartości zamówienia, nieuprawnione jest odnoszenie zaoferowanej przez Przystępującego ceny do określonej przez Zamawiającego wartości. Wartość szacunkowa ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie musi stanowić odzwierciedlenia aktualnych na moment składania ofert cen rynkowych. Wartość ta ma znaczenie przede wszystkim z uwagi na ustalenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może zaś, bez względu na prawidłowość jej oszacowania, stanowić głównego kryterium oceny, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest ceną rażąco niską. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający wobec świadomości o zawyżeniu cen przyjętych do oszacowania wartości zamówienia, powinien był zweryfikować dokonany szacunek na etapie badania i oceny ofert, co powinno było znaleźć swoje odzwierciedlenie w protokole postępowania. Jednakże brak weryfikacji szacunku nie może przesądzać o zasadności wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Izba stwierdziła, że różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego oraz cenami dwóch kolejnych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie uzasadnia przypuszczenia, że cena podana przez Odwołującego jest rażąco niska. O zasadności wezwania nie można decydować na podstawie arytmetycznego kryterium – zaoferowaną cenę należy każdorazowo odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki, rynku danego rodzaju dostaw, usług czy robót budowlanych. Dany poziom rozbieżności pomiędzy cenami w jedynym przypadku może świadczyć o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, w innym zaś może stanowić odzwierciedlenie naturalnej gry rynkowej. W ocenie Izby, poziom rozbieżności zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen i ich rozkład wskazują na pożądaną w zamówieniach publicznych konkurencję i nie może zostać oceniony jako negatywne zachowanie cenotwórcze.

Izba nie wzięła pod uwagę opinii złożonej przez Odwołującego uznając, że opinia ta dotyczy kosztorysów sporządzonych na zlecenie Odwołującego. Opinia ta nie może stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie, bowiem w sporządzonych kosztorysach przyjęto stawki wg własnego wyboru, tj. „stawki minimalne”, „niskie ceny”. Na rynku brak jest powszechnie obowiązujących cen minimalnych, stąd określenie ceny minimalnej za realizację zamówienia może być dokonane tylko na użytek danego wykonawcy, biorąc pod uwagę jego uwarunkowania rynkowe, warunki, na których dokonuje zakupu materiałów, sprzętu, siłę roboczą, jaką dysponuje itd.

Izba nie uwzględniła wniosku o powołanie biegłego stwierdzając, że rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych. Dodatkowo, jak stwierdzono powyżej, rozpoznanie niniejszej sprawy może dotyczyć jedynie zasadności dokonania

wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wykazanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia mogłoby zostać dokonane ewentualnie na kolejnym etapie postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok
- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....