

Sygn. akt: KIO 1166/12

WYROK
z dnia 19 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Przemysława Marszałkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „ALFA” Przemysław Marszałkowski, 80-297 Banino, ul. Głogowa 9**

w postępowaniu prowadzonym przez **7 Szpital Marynarki Wojennej z Przychodnią nr 1534 SP ZOZ, 80-305 Gdańsk, ul. Polanki 117**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Przemysława Marszałkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „ALFA” Przemysław Marszałkowski w Baninie i**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przemysława Marszałkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „ALFA”** tytułem wpisu od odwołania.

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:

Sygn. akt 1166/12

Uzasadnienie

7 Szpital Marynarki Wojennej SP ZOZ w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę polegającą na sprawowaniu zastępstwa inwestycyjnego dla zadania inwestycyjnego nr 91316 - Dostosowanie budynków nr 16 i 17 do wymagań ochrony przeciwpożarowej polegającego na wykonaniu robót budowlanych w budynku nr 16 i 17

Przemysław Marszałkowski Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „ALFA” (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie w wniesionym odwołaniu zakwestionował czynności zamawiającego w postaci negatywnej oceny wyjaśnień Odwołującego i odrzucenia złożonej przez niego oferty; wyboru oferty Zbigniewa Frankowskiego, 87-811 Fabianki, Bogucin 84, jako najkorzystniejszej z pominięciem odrzuconej oferty Odwołującego; zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący wskazał, iż opisane czynności Zamawiającego naruszają: art. 7 ust 1 i 3 PZP, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP; art. 90 ust. 2 PZP poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień Odwołującego i uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień; art. 90 ust. 3 PZP i 89 ust. 1 pkt 4 PZP, poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i poprzez bezpodstawne odrzucenie Oferty Odwołującego.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników badania i oceny ofert dokonanej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 23 maja 2012 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny wskazując jednocześnie, iż wnosi o podanie szczegółowej kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem elementów takich jak: godzinowy koszt pracy inspektorów, planowany czas pobytu na budowie, koszty dojazdu na budowę (ewentualne noclegi), częstotliwość wizyt inspektorów na budowie. Odwołujący w zakreślonym terminie przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienie. W szczególności potwierdził, iż cena ofertowa obejmuje wykonanie kompleksowej usługi zgodnie z SIWZ.

Nadto wskazał, iż Inspektorzy nadzoru, z których wiedzy i doświadczenia skorzystał

w ramach ubiegania się o zamówienie zobowiązali się nieodwołanie do wykonania przedmiotowej usługi w zakresie objętym SIWZ za kwotę 9 500 PLN każdy. Odwołujący wykazał również kwotę rezerwy na dodatkowe koszty w kwocie 5 100 PLN. Dodatkowo możliwość zaoferowania niskiej ceny wykonania zamówienia wynika z wiedzy i doświadczenia Odwołującego, który dysponuje stosownymi narzędziami do nowoczesnego zarządzania kontraktami.

Zamawiający w wyniku przeprowadzonej analizy ofert dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 PZP. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję wskazał, iż Wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wniosek Zamawiającego z dnia 23 maja 2012 r. złożony w oparciu o art. 90 ust. 1 PZP dotyczący rażąco niskiej ceny. W opinii Zamawiającego Wykonawca nie wywiązał się z obowiązku złożenia wyjaśnień odnoszących się do elementów wskazanych jako wątpliwe, a wyrażonych w wezwaniu i w związku z tym oferta Odwołującego została odrzucona..

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niewłaściwie ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego dotyczące warunków wpływających na wysokość ceny, czym naruszył art. 90 ust. 2 i 3 PZP i bezpodstawnie zastosował art. 90 ust. 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP (nie wskazany w treści decyzji).

Odwołujący podnosi, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w piśmie z dnia 29 maja 2012 r. udzielił spójnych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów wpływających na cenę. Odwołujący wskazał w przywołanym piśmie, iż na cenę wpłynęły wyjątkowo sprzyjające okoliczności, które doprowadziły do uzyskania przez Odwołującego wyjątkowo korzystnych ofert od osób, z którymi zamierza współpracować przy realizacji zamówienia.

Wykonawca (Odwołujący) wskazał że przedstawił obiektywne czynniki - potwierdzenie cen ofert współpracowników - które miały wpływ na kalkulację ceny. Jednocześnie Odwołujący wyraźnie wskazał, iż oferta i cena ofertowa dotyczy kompleksowej realizacji usługi zastępstwa inwestycyjnego dla przedmiotowego zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący nadto podnosi, iż ustawodawca nadając wyjaśnieniom udzielonym przez Wykonawcę znaczącą doniosłość prawną nie ustalił jednocześnie żadnych wymagań dotyczących treści tych wyjaśnień. Zatem Wykonawcy pozostawiona została dowolność w tym zakresie. Istotne jest jedynie, by były to wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska.

Obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie czy czynniki wskazane w wyjaśnieniach Wykonawcy mają charakter obiektywny i potwierdzony dokumentami,

i czy faktycznie wpłynęły na wysokość ceny oferty.

W ocenie odwołującego Zamawiający w ogóle nie podjął się oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w szczególności uznał je jak się wydaje za nazbyt ogólnikowe i nie dokonał ich analizy.

Odwołujący podnosi, iż w orzecznictwie podkreśla się jednocześnie konieczność ustalenia, iż w świetle udzielonych niepełnych wyjaśnień mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Zgodnie bowiem z KIO 2809/11) - równocześnie jednak argument powyższy (dot. Odrzucenia oferty, z uwagi na zbyt ogólnikowe wyjaśnienia) nie może być wykorzystywany do określenia w ten sposób każdego wyjaśnienia, jako że otwierałoby to możliwość oparcia argumentacji rażąco niskiej ceny wyłącznie na takim stwierdzeniu, bez konieczności dowodzenia, że istotnie dana oferta zawiera rażąco niską cenę. Zdaniem Odwołującego sytuacja opisana w powołanym wyroku ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Zamawiający pod pretekstem niepełnych wyjaśnień nie dokonał analizy i uznał, że stanowi to wystarczającą przesłankę dla odrzucenia oferty. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego całkowicie pomija kwestię rażąco niskiej ceny oferty i poprzestaje na stwierdzeniu braku wyjaśnień jako samodzielnej i wystarczającej przesłance odrzucenia oferty. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ponadto za rażąco niską należy uznać cenę, która nie tylko odbiega od rynkowej, ale również za którą nie można wykonać zamówienia, przy założeniu, iż wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z orzecznictwem KIO punktem odniesienia przy kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko szacunkowa wartość zamówienia, ale także jego specyfika oraz ceny ofert konkurencji.

Odwołujący wskazał również na charakter ceny ofertowej w tym postępowaniu tj. ryczałt. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia ceny poprzez wyjaśnienie i podanie elementów takich jak godzinowy koszt pracy inspektorów, planowany czas pobytu na budowie, koszty dojazdów i noclegów, częstotliwość wizyt, które to elementy w kontekście ryczałtowej ceny ofertowej, oświadczenia Odwołującego o tym, iż dokonał wyceny wszystkich elementów usługi żądanych przez Zamawiającego, zgodnie z SIWZ oraz wykazał obiektywnie, iż dysponuje kadrą specjalistyczną oferującą mu wykonania usługi za kwotę uzasadniającą cenę ofertową nie powinny mieć znaczenia przy ocenie treści złożonych wyjaśnień, w

szczegółowości nie są podstawą uprawniającą Zamawiającego do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i oświadczeniami stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozważając kwestię, czy Zamawiający miał podstawy żądać wyjaśnień dotyczących ustalenia ceny od wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu należy zauważyć, że obowiązek taki zachodzi wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (por. wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy skład orzekający Izby uznaje, że Zamawiający, który poprawnie, opierając się na dotychczasowym doświadczeniu, wyliczył wartość przedmiotu zamówienia, zasadnie zażądał takich wyjaśnień, a zwracając się do wszystkich wykonawców, których cena ofertowa jest znacząco niższa od oszacowanej, nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców unormowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień, na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 23 maja 2012 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny wskazując jednocześnie, iż wnosi o podanie szczegółowej kalkulacji ceny oferty z następujących elementów: godzinowy koszt pracy inspektorów, planowany czas pobytu na budowie, koszty dojazdu na budowę (ewentualne noclegi), częstotliwość wizyt inspektorów na budowie. Zamawiający wskazał także w powyższym wezwaniu na treść art. 90 ust. 3 ustawy 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.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca podał wielkość wynagrodzenia miesięcznego każdej z trzech osób mających uczestniczyć w wykonywaniu usługi w kocie po 500 zł/miesiąc, wynagrodzenie w kwocie 9.500 zł za cały okres 19 miesięcy oraz kwotę rezerwy 5.100 zł, co dało łącznie kwotę 33.600 zł netto.

Niesporne jest, że wyjaśnienia nie zawierały innych czynników cenowych i kosztotwórczych, w szczególności żadnego z elementów wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu. Nie negując prawa wykonawcy do samodzielnego konstruowania zakresu składanych wyjaśnień, należy zauważyć, że pominięcie w wyjaśnieniach elementów oczekiwanych przez zamawiającego, przy jednoczesnym złożeniu wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starożytnością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień.

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. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonywujących, że cena nie jest rażąco niska jest obowiązkiem wykonawcy.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnień odwołującego, a odwołanie jako bezzasadne podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę, że złożonymi wyjaśnieniami odwołujący nie obalił domniemania o złożeniu przez niego oferty z ceną rażąco niską Izba uznała, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego 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 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: