

WYROK
z dnia 2 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. M. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „M.” z siedzibą w miejscowości Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica – Zdrój** w postępowaniu prowadzonym przez **Podhalańskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu, ul. Tysiąclecia 85, 34-400 Nowy Targ**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. M. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „M.” z siedzibą w miejscowości Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica – Zdrój i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. M. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „M.” z siedzibą w miejscowości Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica – Zdrój** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od wykonawcy **K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. M. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „M.” z siedzibą w miejscowości Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica – Zdrój** na rzecz **Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu, ul. Tysiąclecia 85, 34-400 Nowy Targ** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Podhalańskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu, 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 publicznego na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Szlachtowa i Jaworki - Kontrakt 2”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2014 r., nr 2014/S 067-114143.

W dniu 6 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. M. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „M.” z siedzibą w miejscowości Mochnaczka Wyżna, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy J. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OMEGA Zakład Sieci Wodno – Kanalizacyjny I. J. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zwanego dalej „wykonawcą OMEGA”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 16 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 16 czerwca 2014 r.) na czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty wykonawcy OMEGA jako najkorzystniejszej oraz na zaniechaniu przez zamawiającego dokonania oceny czy oferta wykonawcy OMEGA z ceną 13 106 541,53 zł brutto nie jest ceną rażąco niską, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, ponieważ złożenie oferty z ceną 13 106 541,53 zł brutto, tj. 41,86% w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia określonej przez zamawiającego, stanowi czyn eliminowania innych wykonawców z rynku, tj. czyn nieuczciwej konkurencji - zamawiający nie odrzucił tej oferty
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, ponieważ wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, który zamawiający określił z należytą starannością na 31 312 000,00 zł brutto a złożona oferta, która została wybrana za cenę 13 106 541,59 zł brutto niższą o 58,14% od szacunkowej wartości zamówienia i niższą o 15,12% ceny drugiej oferty, tj. oferty odwołującego, której cena jest około 50% szacunkowej wartości zamówienia jaką określił zamawiający
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny, lecz tylko wybiórczo do każdej pozycji kosztorysowych - co nie może być równoważne z elementami oferty, które mają wpływ na wysokość jej ceny

4. art. 91 ust 2 i 3 ustawy Pzp, ponieważ na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający, nie mógł wziąć pod uwagę obiektywnych czynników tj. oszczędności metody wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy i oryginalność projektu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty wykonawcy OMEGA jako najkorzystniejszej
2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy OMEGA, której złożenie:
 - a) jest czynem nieuczciwej konkurencji
 - b) zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia
3. dokonanie ponownej oceny ofert spośród ofert nie odrzuconych i wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w złożonych wyjaśnieniach wykonawca OMEGA nie podał na czym polega oszczędność metody wykonania, nie przedstawił także żadnych kalkulacji cenowych, jak i nie udowodnił, że materiał z własnego kamieniołomu może być użyty do produkcji mas bitumicznych oraz do wykonania podbudów nawierzchni z kruszyw, jaka jest cena tego materiału i jakie są jego frakcje, w jakiej ilości może nim dysponować do wykonania tego zamówienia, gdyż wykonuje także inne zamówienia i na to zamówienie może mu brakować tego materiału. Ponadto nie udowodnił, że posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych zapewni potrzebną ilość masy na tą budowę, nie przedłożył receptur na te masy, nie udowodnił, że czas transportu mas bitumicznych na budowę z odległości 90 km (przy szybkości eksploatacyjnej w tych warunkach max 35-40 km/godz. nie przekroczy czasu normowego). Nie przedstawił kalkulacji na cenę 1 tony masy bitumicznej przy kruszywie z własnej wytwórni i zakupionym - jakie będą różnice.

Nadto podniósł, iż posiadanie własnej kadry nie oznacza, że cena oferty może być niższa. Wykonawca OMEGA nie wykazał bowiem jakie są oszczędności przy własnym parku maszynowym - płace zasadnicze, dodatki do płac, koszty paliwa, amortyzacja, koszty ogólne sprzętu, napraw sprzętu. Wykonawca ten nie przedstawił także żadnych wiarygodnych dokumentów na „rzekome” upusty finansowe - od czego? , a podanie podstawy Sekocenbud - nie może być uznane - bo jest to do sporządzenia kosztorysów inwestorskich a nie ofertowych. Do cen Sekocenbudu nie zastosowano tzw. współczynników regionalnych. Ceny skalkulowane przez wykonawcę OMEGA nie były kalkulowane „świadomie” lecz tak aby były rażąco niskie - bo na ceny świadome brak dowodów, które winny być załączone do wyjaśnień.

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 nie zasługuje na uwzględnienie.

Szacunkową wartość zamówienia zamawiający ustalił w dniu 18 marca 2014 r. na kwotę 36 055 409,21 zł brutto, co stanowi równowartość 8 534 026,65 zł brutto. Wartość zamówienia zamawiający ustalił na podstawie cen rynkowych i kosztorysu inwestorskiego (protokół postępowania DRUK ZP-PN strona 1).

Bezpośrednio przez otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 31 312 000,00 zł brutto (protokół postępowania DRUK ZP-PN strona 4).

W postępowaniu złożono cztery oferty.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Robót Inżynierskich Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku (oferta nr 1) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 23 411 365,41 zł.

Odwołujący (oferta nr 2) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 15 587 672,48 zł.

Wykonawca E. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe WOLIMEX E. W. z siedzibą w Limanowej (oferta nr 3) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 22 011 457,79 zł.

Wykonawca OMEGA (oferta nr 4) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 13 106 541,59 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 27 maja 2014 r., zwrócił się do wykonawcy OMEGA, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie wskazał, że „wyjaśnienia wykonawcy odnośnie zaoferowanej ceny powinny być sporządzone szczegółowo i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie

pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia. (...) wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, ponieważ art. 90 ustawy Pzp, stanowi o „dowodach” na ich potwierdzenie”.

Wykonawca OMEGA, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 28 maja 2014 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 30 maja 2014 r.), złożył wyjaśnienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę. Ceny te należy bowiem odnieść także do cen ofert złożonych w danym postępowaniu, gdyż to dopiero one odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w tych samych warunkach gospodarczych. Natomiast istnienie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla uznania, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. W tym stanie faktycznym cena zaoferowana przez wykonawcę OMEGA znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia, jak i cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez dwóch innych wykonawców z wyjątkiem ceny oferty odwołującego, która jest zbliżona do ceny oferty wykonawcy OMEGA. Nawet jednak cena znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić realność zaoferowanej ceny. Wykonawca taki zobowiązany jest bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie, gdyż to właśnie udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Zamawiający skierował do wykonawcy OMEGA wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Nie podał jednak do jakich elementów ceny wykonawca winien się odnieść, odwołując się jedynie do przepisu ustawy Pzp, jak również, używając wyłącznie ogólnych sformułowań („wszystkie aspekty mające wpływ na wysokość ceny”). Treść udzielonych wyjaśnień jest więc adekwatna do skierowanego do tego wykonawcy wezwania. Wykonawca OMEGA udzielił wyjaśnień, wskazując jakie okoliczności spowodowały, iż cenę skalkulował w taki a nie inny sposób. Podał m.in., iż baza firmy, kopalnia kruszywa łamanego oraz wytwórnia mas bitumicznych (będące jego własnością) znajdują się w bliskiej odległości od miejsca budowy, a to przekłada się nie tylko na niższe koszty transportu, ale także niższe koszty dojazdu pracowników oraz sprzętu. Będąc właścicielem kopalni i wytwórni mas bitumicznych ponosi także niższe koszty produkcji, a co z kolei przekłada się na oszczędność metody wykonania

zamówienia. A ponadto uzyskał upusty na ceny materiałów, które zostaną przez niego wykorzystane do realizacji tego przedmiotu zamówienia, podając je przykładowo. W treści wyjaśnień dokonał również analizy cen obowiązujących na terenie województwa małopolskiego na realizację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, wykazując tym samym realność zaoferowanej ceny.

Tymczasem art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający może więc odrzucić ofertę, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a w tym przypadku sytuacja taka niewątpliwie nie ma miejsca, gdyż wykonawca OMEGA złożył wyjaśnienia, lub jeżeli ocena dokonanych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty w sytuacji złożenia wyjaśnień możliwe jest więc wyłącznie wtedy, gdy ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W tym stanie faktycznym zamawiający uznał, iż wyjaśnienia wykonawcy OMEGA nie potwierdzają zarzutu rażąco niskiej ceny, stwierdzając, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę rażąco niską nie jest. Tak więc „w tej sytuacji to odwołujący – zgodnie z regułą z art. 6 k.c. - winien był udowodnić, że cena podana przez wygrywającego przetarg wykonawcę jest rażąco niska. W szczególności winien był wykazać, że wykonawca ten ustalił cenę poniżej własnych kosztów, że będzie ponosił z tego tytułu straty i że w przyszłości zagrozi to bezpiecznemu wykonaniu umowy zawartej z zamawiającym.” (wyrok SO w Bielsku Białej z 10 marca 2009 r., sygn. akt II Ca 88/09). Okoliczności tej odwołujący nie wykazał, zarzucając zamawiającemu, iż wykonawca ten nie złożył podanych przez odwołującego w odwołaniu kalkulacji. Przykładowo odwołujący wskazał na brak złożenia przez wykonawcę OMEGA określonych wyliczeń (np. kalkulacji ceny 1 tony masy bitumicznej przy kruszywie z własnej wytwórni i zakupionej) i przedstawienia różnic w tym zakresie, mimo że takiego żądania w piśmie skierowanym do tego wykonawcy zamawiający nie wyartykułował. Sam natomiast stosownych wyliczeń, potwierdzających stawiane zarzuty nie przedstawił. Podnosił także brak podania uzyskanych oszczędności przy własnym parku maszynowy („płace zasadnicze, dodatki do płac, koszty paliwa, amortyzacja, koszty ogólne sprzętu, napraw sprzętu”) w sytuacji, gdy i takich informacji zamawiający nie żądał. Treść swego uzasadnienia oparł przede wszystkim na braku przedłożenia przez wykonawcę OMEGA, mimo złożenia szczegółowych wyjaśnień, dowodów na potwierdzenie wskazanych w wyjaśnieniach okoliczności. Tymczasem z „art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (...) nie można wywieść obowiązku składania jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach (...) - przepis ten ma bowiem charakter wyjaśniający a nie dowodowy” (wyrok SO w Warszawie z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt XXIII Ga

1388/13). Tym samym Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo uczynił, uznając, iż w niniejszym stanie faktycznym nie może być mowy o rażąco niskiej cenie.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

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

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

Przewodniczący: