

Sygn. akt: KIO 320/11

WYROK
z dnia 2 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Euro-Alians" Pracownia Projektowa Sp. z o.o., 80-288 Gdańsk, ul. Marusarzówny 2/22** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **"Euro-Alians" Pracownia Projektowa Sp. z o.o.** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **"Euro-Alians" Pracownia Projektowa Sp. z o.o.**
- 2) dokonać wpłaty przez **Euro-Alians" Pracownia Projektowa Sp. z o.o.** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** kwoty 3 753 zł (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt trzy złote zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Usuwanie skutków powodzi z roku 2010 na linii kolejowej nr 95 Kraków Mydlniki-Podłęże oraz linii nr 608 Podgrabie-Rudzice*. Przedmiotem zamówienia w ramach zadania 2 jest *Opracowanie dokumentacji projektowej odbudowy skarp nasypów na linii nr 608 Podgrabie-Rudzice oraz linii kolejowej nr 95 Kraków Mydlniki-Podłęże*.

W dniu 17 lutego 2011 r. wykonawca Euro-Alians Pracownia Projektowa Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie zadania 2 zamówienia, wobec zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia procedury wyjaśnienia cen zaoferowanych przez Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp. z o.o. i dokonania wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, pomimo złożenia oferty z ceną znacznie odbiegającą od kwoty, jaką zabezpieczył Zamawiający na wykonanie zamówienia, a także od cen innych uczestników postępowania, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie, pomimo złożenia oferty z rażąco niską ceną oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niespełniający zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że w wyniku postępowania na zadanie 2 Zamawiający dokonał wyboru oferty Biura Projektowo-Inżynierskiego Redan Sp. z o.o. z ceną 88.560,00 zł, która odbiegała znacznie od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadania (1.950.000 zł) oraz od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, 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 prawdopodobieństwo realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty itd. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co w każdym wypadku grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

W ocenie Odwołującego, jako punkt odniesienia dla kwalifikacji ceny jako ewentualnie rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego kwota przeznaczona na sfinansowanie

przedmiotu zamówienia, a także ceny zgłoszone w trakcie postępowania przez innych uczestników: średnie pozostałych ofert oraz kolejna najniższa cena ofertowa i cena najwyższa. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów, Odwołujący podniósł, że o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert:

- szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę;
- porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje na znaczne różnice w wysokości cen;
- wartość oferty znacznie odbiega od cen rynkowych.

Odwołujący wskazał na dysproporcje pomiędzy ceną zaoferowaną przez Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp. z o.o. (88.560,00 zł) a:

- kwotą, jaką przeznaczył Zamawiający na realizację zadania nr 2 (1.950.000 zł);
- uśrednioną ceną pozostałych ofert (260.666,67 zł);
- kolejną najniższą ceną ofertową (227.500,00 zł);
- najwyższą ceną ofertową (492.000,00 zł).

Cena zaoferowana przez Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp. z o.o. wyniosła odpowiednio: 4,5% kwoty przeznaczonej na realizację zadania przez Zamawiającego, 33,97 % wartości ceny uśrednionej złożonych ofert, 38,92 % wartości kolejnej najniższej ceny ofertowej oraz 18% wartości najwyższej ceny ofertowej.

Wobec powyższego – zdaniem Odwołującego – konieczne było zastosowanie procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek racjonalnej oceny oferty i ustalenia, z jakich powodów oferta odbiega w sposób tak drastyczny od innych cen. Tymczasem z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że Zamawiający nie przeprowadził żadnego postępowania wyjaśniającego, czym dopuścił do sytuacji, że niezwyfikowana oferta uznana została za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenia postępowania w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, z ewentualnym wykluczeniem oferty Biura Projektowo-Inżynierskiego Redan Sp. z o.o.

W dniu 25 lutego 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie i podnosząc, że odwołanie opiera się na błędnych ustaleniach faktycznych.

Wskazał, że w dniu 7 lutego 2011 r. zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawców: Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp. z o.o. oraz Transprojekt Gdański Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień dotyczących ceny. W odpowiedzi ww. wykonawcy złożyli w dniu 8 lutego 2011 r. wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny. Po analizie tych wyjaśnień Zamawiający uznał je za przekonujące. Oceniając wyjaśnienia Zamawiający wziął pod uwagę fakt, że na powstanie prac projektowych składa się w głównej mierze intelektualne zaangażowanie twórców projektów, a firmy projektowe są w stanie zredukować w sposób znaczący koszt opracowań w przypadku wykonywania projektów podobnych do już raz wykonanych, w których mogą wykorzystać wcześniejsze doświadczenia i sprawdzone rozwiązania funkcjonalne. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia Biura Projektowo-Inżynierskiego Redan Sp. z o.o. były spójne i logiczne oraz że są one potwierdzone dotychczasowymi doświadczeniami Zamawiającego w zakresie korzystania z usług firm projektowych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 2.1. SIWZ, zadanie 2 obejmuje: *opracowanie dokumentacji projektowej wielobranżowej wraz z uzyskaniem wynikających z przepisów pozwoleń i uzgodnień dla odbudowy skarp nasypów na linii nr 608 Podgrabie-Rudzice w km 0,410-0,585 – tor 1 oraz linii kolejowej nr 95 Kraków Mydlniki-Podłęże w km 27,616-27,727 – tor 2.* Jako jedyne kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął cenę oferty brutto (pkt 20.9 SIWZ).

Wartość zamówienia dla zadania 2 została ustalona w dniu 9 listopada 2010 r. na kwotę 1.950.000 zł (co stanowi równowartość 507.944,78 euro), na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zadania 2 wyniosła 2.398.500 zł brutto.

W wyznaczonym terminie wpłynęły 4 oferty na zadanie 2. Ofertę z najniższą ceną (88.560,00 zł brutto) złożyło Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp. z o.o., natomiast ceny pozostałych ofert wyniosły: 279.825,00 zł brutto (oferta Odwołującego), 313.650 zł brutto oraz 368.385,00 zł brutto.

Wg protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 7 lutego 2011 r., Komisja zarekomendowała zwrócić się do wykonawców: Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp.

z o.o. (w zakresie zadania 1 i 2) oraz Transprojekt Gdański Sp. z o.o. (w zakresie zadania 1) o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, 7 lutego 2011 r. przekazał faksem ww. wykonawcom wezwanie do złożenia wyjaśnień w terminie do 10 lutego 2011 r. godz. 12 (pismo nr IRO3ZAb-216-11-08/2010). W treści wezwania Zamawiający wskazał, że *wyjaśnienie winno wykazać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Powinno także wskazywać, czy istnieją konkretne uwarunkowania oraz obiektywne czynniki, jakie będą towarzyszyć realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.*

W dniu 9 lutego 2011 r. Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp. z o.o. złożyło wyjaśnienia, w których opisał metodę, wg której dokonano wyceny zamówienia. Wg przedłożonych wyjaśnień, czynnikiem mającym największy wpływ na cenę jest czynnik ludzki, który stanowi 80% wartości założonego budżetu. Wykonawca wskazał, że dysponuje dużą i stałą grupą inżynierów, co pozwala na korzystanie z wiedzy i czasu tych samych ekspertów, co z kolei wpływa na obniżenie kosztów wynagrodzeń. Ponadto, zasadniczy wpływ na kalkulację ceny miało porównanie przedmiotu zamówienia z prowadzonymi wcześniej podobnymi postępowaniami, w których wykonawca brał udział.

Wg protokołu z posiedzenia Komisji w dniu 9 lutego 2011 r., Komisja zaproponowała przyjąć przedłożone wyjaśnienia jako spełniające warunki Zamawiającego, tym samym uznając, że oferty (w tym oferta Biura Projektowo-Inżynierskiego Redan Sp. z o.o.) nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 9 lutego 2011 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Biura Projektowo-Inżynierskiego Redan Sp. z o.o., jako oferty z najniższą ceną.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że oferta złożona przez Odwołującego jest druga w kolejności pod względem ceny, zatem Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia (w części 2), a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp. z o.o., ze

względu na fakt, że Zamawiający oświadczył, iż nie otrzymał kopii zgłoszenia przystąpienia. Izba stwierdziła w związku z tym, że zgłaszający przystąpienie nie wykazał spełnienia warunku formalnego, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzutem podniesionym w odwołaniu było zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji z postępowania, z której jednoznacznie wynika, że procedura ta została przeprowadzona, a Odwołujący nie zakwestionował na rozprawie tego faktu, wskazując jedynie, że nie miał wiedzy o jej przeprowadzeniu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający miał obowiązek zawiadomić wszystkich wykonawców o wezwaniu do złożenia wyjaśnień i ich złożeniu najpóźniej wraz z przekazaniem im informacji o wyniku postępowania – teza ta nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, Izba nie dostrzega również innych argumentów potwierdzających to stanowisko. Dokumentacja z postępowania o zamówienie publiczne jest jawna, a oferty – zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp podlegały udostępnieniu od dnia ich otwarcia, zatem Odwołujący miał możliwość zapoznania się z cenami ofertowymi (w tym ceną oferty wybranej), a następnie – po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty – możliwość wglądu do pełnej dokumentacji z postępowania w celu ustalenia, czy procedura wyjaśniająca była przeprowadzona. Tymczasem Odwołujący przed złożeniem odwołania w ogóle nie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji, a zaniechanie procedury wyjaśniającej wywodził jedynie z faktu braku wzmianki o jej przeprowadzeniu w informacji o wyniku postępowania, co należy uznać za bezpodstawne.

Izba podkreśla, że wykonawca, jako podmiot profesjonalny, uczestniczący w obrocie gospodarczym, powinien wykazać się odpowiednimi standardami postępowania i właściwą dbałością o swoją pozycję w postępowaniu. To w interesie Odwołującego leżało prawidłowe ustalenie stanu faktycznego i powinien on dołożyć należytej staranności w celu jego ustalenia, nie zaś oczekiwać od Zamawiającego informacji, do przekazania których nie był zobowiązany, a z jej braku wywodzić zaniechania Zamawiającego. Wystarczającą gwarancją dla wykonawców jest jawność dokumentacji z postępowania, co daje możliwość ustalenia jego przebiegu i w razie potrzeby odpowiedniego sformułowania zarzutów opartych na rzeczywistym stanie faktycznym. Odwołujący miał możliwość wglądu do dokumentacji i nie podjął żadnej inicjatywy w celu skorzystania z tej możliwości.

Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego oceny wyjaśnień złożonych przez Biuro Projektowo-Inżynierskie Redan Sp. z o.o., jako że zarzut ten nie został zawarty w odwołaniu. Zarzutem podniesionym w odwołaniu (a opartym na błędnie ustalonym stanie faktycznym) było jedynie zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Cała argumentacja

odwołania zmierzała do wykazania okoliczności, które obligowały Zamawiającego do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentacja ta wskazywała na bardzo niską cenę wybranej oferty, jednakże w kontekście potrzeby jej wyjaśnienia, nie zaś wykazania zaniechania odrzucenia oferty w wyniku błędnej oceny wyjaśnień.

Izba podkreśla, że zarzuty odwołania odnoszą się do określonego działania lub zaniechania zamawiającego, a ich sformułowanie wymaga wskazania odpowiednich okoliczności faktycznych i prawnych. Czym innym jest więc zarzut dotyczący zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a czym innym – zaniechania odrzucenia oferty w wyniku oceny złożonych wyjaśnień. O podniesieniu w odwołaniu drugiego z tych zarzutów w żaden sposób nie przesądza fakt wskazania w nim art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako naruszonego przepisu prawa, wskazanie to nastąpiło bowiem – jak podano w treści odwołania – w konsekwencji niezastosowania art. 90 ustawy, brak natomiast było jakiegokolwiek odniesienia do obowiązku odrzucenia oferty po analizie wyjaśnień. Ponieważ Odwołujący nie wiedział o złożeniu tych wyjaśnień, nie mógł ustosunkować się do ich treści i wywodzić dokonanie przez Zamawiającego błędnej ich oceny, skutkującej zaniechaniem odrzucenia oferty z rażąco niską ceną. Z całą pewnością nie można uznać – co podniósł Odwołujący podczas rozprawy – że niezależnie od treści tych wyjaśnień, kwestia wystąpienia rażąco niskiej ceny była przesądzona już w momencie odniesienia ceny oferty do wartości zamówienia i cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Warunkiem koniecznym uznania oferty za zawierającą rażąco niską cenę jest zawsze analiza wyjaśnień, a odgórne założenie już przed ich złożeniem, że cena jest rażąco niska, jest bezpodstawne.

Podkreślić należy, że Izba nie dokonuje z urzędu oceny każdej czynności Zamawiającego w postępowaniu, jest związana zarzutami odwołania i zgodnie z art. 192 ust. 7 nie może orzekać co do zarzutów, które nie były w nim zawarte. W niniejszej sprawie – jak wykazano powyżej – w odwołaniu nie podniesiono zarzutu błędnej oceny wyjaśnień i zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Sformułowanie takich zarzutów w piśmie złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2011 r. należy uznać za spóźnione. Wykonawca zobowiązany był należycie ustalić stan faktyczny i sformułować zarzuty w odwołaniu, a rozszerzenie zarzutów w zależności od okoliczności, o których wykonawca powziął wiedzę po złożeniu odwołania (i na skutek jego złożenia), jest w ocenie Izby niedopuszczalne.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....