

WYROK

z dnia 28 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2011 r. przez **ROTOMAT Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wszczęcia wobec wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o., ul. O. Beyzyma 10/1, 53-204 Wrocław procedury wyjaśniającej w przedmiocie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Wrocław: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ROTOMAT Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Gminy Wrocław: Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław na rzecz ROTOMAT Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 134, 54-062**

Wrocław kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Opracowanie dokumentacji projektowej organizacji ruchu na czas UEFA EURO 2012 we Wrocławiu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 17 maja 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 97-159220.

Wykonawca ROTOMAT Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław w dniu 15 lipca 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył odwołanie na czynność wyboru oferty wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o., ul. O. Beyzyma 10/1, 53-204 Wrocław oraz zaniechania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003.153.1503, zwanej dalej w skrócie u.z.n.k.) - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty z naruszeniem przepisów ustawy i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. ze względu na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp- poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości,

2. Unieważnienie wyboru oferty wykonawcy - Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS - PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ojca Bezymy 10/1,
3. Nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy - Biuro Projektów Dróg i Mostów BBKS - PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ojca Bezymy 10/1, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy,
4. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert wykonawcy - Biuro Projektów Dróg i Mostów BBKS - PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ojca Bezymy 10/1,
5. Powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał na następujące okoliczności:

Odwołujący zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu złożono trzy oferty przez następujących wykonawców:

1. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji RP Oddział w Krakowie - lider, 30-804 Kraków; VIA VISTULA FRANEK i SAPOŃ Sp. J., 31-209 Kraków - Partner - cena oferty 699.870,00 zł brutto,
2. Biuro Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Ojca Bezymy 10/1, 53-204 Wrocław - cena oferty 334.560,00 zł brutto,
3. Rotomat Sp. z o.o. 54-062 Wrocław,- cena oferty 562.110,00 zł brutto.

Ponadto Odwołujący dodał, że kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 899.658,90 zł brutto, zaś wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 731.430,00 zł netto.

Ponadto Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu została wybrana jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy - Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Ojca Bezymy 10/1, 53-204 Wrocław z ceną oferty 334.560,00 zł brutto. Jednak według Odwołującego cena wybranej oferty odbiega w sposób znaczący od kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, aż o 62,8 % a od średnich cen ofert aż o 46,97%. Według Odwołującego cena oferty wskazuje, że jest rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż wyceny przedmiotu zamówienia dokonano na podstawie koncepcji stanowiącej integralną część SIWZ i należało wziąć pod uwagę m.in. następujące wartości: Obszar miejski objęty opracowaniem w związku z organizacją EURO 2012 – w zarządzie ZDiUM (wielkości orientacyjne):

- 1) trasa z jezdnią jednoprzestrzenną - 75 km, inwentaryzacja + oznakowanie trasy -3630 i.n.p.
- 2) trasa ulic dwujezdniowych - 120 km, inwentaryzacja + oznakowanie trasy - 5470 j-n.p.

3) skrzyżowania zwykłe - 85 szt. inwentaryzacja + oznakowanie skrzyżowań - 7225 j-n.p.

4) skrzyżowania skanalizowane jedno i dwujezdniowe - 125 szt., inwentaryzacja + oznakowanie trasy - 12500 i.n.p.

Suma pkt. 1), 2) 3) i 4) = 28825 j.n. p. X 12 Zł ■ 345 900,00 zł Należy podkreślić, iż powyższe wyliczenia nie obejmują takich elementów jak:

- inwentaryzację oznakowania istniejącego,
- projektów zmian w programach sygnalizacji,
- projektów zmian w komunikacji zbiorowej,
- projekty tablic i informatorów,
- pozyskanie map do celów projektowych,
- dodatkowe pomiary ruchu,
- nadzór autorski,
- wyjazdy w teren,
- koordynacja między branżowa.

Według Odwołującego arytmetyczna różnica pomiędzy kwotą zaproponowaną przez wybranego wykonawcę a kwotą wskazaną przez Zamawiającego stanowiła wysokość aż 565 098,90 zł przez co cena wybranej oferty odbiega o 62,8 % od wartości szacunkowej zamówienia, natomiast w porównaniu do średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach((562 110 zł + 699 870 zł):2=630 990 zł) - oferta ta odbiega o 46,97%.

W dniu 5 lipca 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę ROTOMAT Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. z Wrocławia jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 15 lipca 2011 r.

W dniu 22 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. z Wrocławia do niniejszego postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienie ww. wykonawcy, po stronie Zamawiającego jest nieskuteczne, gdyż zgłosił on przystąpienie w dniu 22 lipca 2011 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. w 7- dniu od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 15 lipca 2011 r.

Ponadto Izba ustaliła, że jedynym kryterium oceny ofert przewidzianym w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”) była cena.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający oszacował niniejsze zamówienie na kwotę 731.430,00 zł netto, zaś kwota jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 899.658,90 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu złożono trzy oferty przez następujących wykonawców:

1. Konsorcjum firm: Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji RP Oddział w Krakowie - lider, 30-804 Kraków; VIA VISTULA FRANEK i SAPOŃ Sp. J., 31-209 Kraków - Partner - cena oferty 699.870,00 zł brutto.
2. Biuro Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o., ul. O. Beyzyma 10/1, 53-204 Wrocław - cena oferty 334.560,00 zł brutto.
3. Rotomat Sp. z o.o. 54-062 Wrocław,- cena oferty 562.110,00 zł brutto.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający nie występował o wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający w toku rozprawy przedłożył pismo z dnia 27 lipca 2011 r. wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o., zawierające wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. w zakresie zaoferowanej ceny, w konsekwencji której oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów, w pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym powyższy zarzut potwierdził się.

Nie ulega wątpliwości, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, Zamawiający ma obowiązek umożliwić wykonawcy złożenie wyjaśnień dotyczących cen oferty (np. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/88 „Fratelli Constanzo”).

Tym samym w opinii Izby Zamawiający nie może bez wszczęcia procedury wyjaśniającej odrzucić ofertę ze względu na podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Niemniej jednak w przypadku realnego podejrzenia, że oferowana cena jest rażąco niska Zamawiający powinien podjąć decyzję o wszczęciu procedury wyjaśniającej uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, celem dokonania analizy czy zaoferowana przez wykonawcę cena obiektywnie jest rażąco niska.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 90 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W niniejszym stanie faktycznym Izba uznała argumentację Odwołującego, iż cena oferty zaproponowana przez wykonawcę Biuro Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. na kwotę 334.560,00 zł brutto powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, nawet przy uwzględnieniu współczynników zmniejszających ostatecznie zaoferowaną cenę.

Izba zauważa, że zaproponowana przez wykonawcę Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. cena odbiega około 62,8% od wartości szacunkowej zamówienia, zaś około 46,97% od średniej ceny sumy cen ofert innych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu.

Izba uznała za niedopuszczalne przyjęcie argumentacji wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o., zawartej w piśmie z dnia 27 lipca 2011 r., która została przez Zamawiającego złożona w toku rozprawy.

Przyjęcie przez Izbę powyższej argumentacji i wyjaśnień dotyczących kalkulacji zaproponowanej przez wykonawcę Biuro Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. ceny mogłoby – w opinii Izby – stanowić obejście procedury wyjaśniającej zawartej w dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W opinii Izby to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wystąpienia o wyjaśnienia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wynika, iż podmiotem wszczynającym procedurę wyjaśniającą jest wyłącznie Zamawiający i powyższego obowiązku nie może on w żaden sposób przerzucać na wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo przyjęcie – złożonych dopiero na rozprawie – wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny doprowadzić może do odebrania wykonawcom możliwości weryfikowania działań/zaniechań Zamawiającego w toku prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Izba zauważa, że wszczęcie procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny nie może następować po wyborze najkorzystniejszej oferty, w szczególności w wyniku wniesionego odwołania w tym przedmiocie.

Zauważenia również wymaga, iż Izba rozpoznaje zarzuty na moment wniesienia odwołania, zatem niedopuszczalnym byłoby przyjęcie wyjaśnień złożonych pismem z dnia 27 lipca 2011 r. i uznanie ich jako złożone w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Na marginesie Izba wskazuje, że skoro przedmiotowe wyjaśnienia zostały złożone, wydaje się, iż zasadnym była konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej wobec wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem mając powyższe na względzie, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, t.j. w szczególności wszczęcia wobec wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. procedury wyjaśniającej w przedmiocie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec konieczności wystąpienia o wyjaśnienia w celu ustalenia czy oferta wykonawcy Biura Projektów Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, Izba uznała że na tym etapie zarzut rażąco niskiej ceny, jest zarzutem przedwczesnym.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....