

Sygn. akt: KIO 1186/12

WYROK

z dnia 22 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „WUDIMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, 42-200 Częstochowa, ul. Armii Krajowej 60/62 (pełnomocnik konsorcjum), EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-434 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, 42-217 Częstochowa, ul. Popiełuszki 4/6,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR” z siedzibą w Lublińcu przy ul. Częstochowskiej 6/4,**

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, 42-217 Częstochowa, ul. Popiełuszki 4/6** i:

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „WUDIMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, 42-200 Częstochowa, ul. Armii Krajowej 60/62 (pełnomocnik konsorcjum), EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-434 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

- 1.2. zasądza od **Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie, 42-217 Częstochowa, ul. Popiełuszki 4/6** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Wielobranżowego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „WUDIMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, 42-200 Częstochowa, ul. Armii Krajowej 60/62 (pełnomocnik konsorcjum)** i **EKOCENTRUM – Wrocławskiego Ośrodka Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-434 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą Budowa Północnego Korytarza w Częstochowie. Etap II od ulicy św. Brata Alberta do ulicy Makuszyńskiego”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 lutego 2012 r., nr 2012/S 41-066958.

W dniu 28 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „WUDIMEKS” Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie i EKOCEMTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR” z siedzibą w Lublińcu, zwanego dalej „wykonawcą GRA-MAR”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 8 czerwca 2012 r. (pismem z dnia 5 czerwca 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 6 czerwca 2012 r.) wobec czynności polegających na naruszeniu:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy GRA-MAR z powodu rażąco niskiej ceny;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy GRA-MAR z powodu nie złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy GRA-MAR mimo jej niezgodności z SIWZ (ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR” z siedzibą ul. Częstochowska 6/4, 42-700 Lubliniec firma nie ujawniona w CEIDG a zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i urzędu skarbowego są wystawione na GRATI IWONA).

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
4. odrzucenie oferty wykonawcy GRA-MAR

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający, działając na

podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę GRA-MAR do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ceny zawartej w ofercie mających wpływ na jej wysokość. W odpowiedzi na powyższe wykonawca ten złożył pismo zawierające wyjaśnienie elementów zaofertowanej ceny. Jednak informacje zawarte w przedmiotowym piśmie są ogólne i nie poparte żadnymi wyliczeniami, kalkulacjami wyjściowymi, oceną pracochłonności itp. Zamawiający powinien uznać, że wykonawca GRA-MAR nie złożył wyjaśnień i zastosować tryb ustalony w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Odnosnie drugiego zarzutu odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR” z siedzibą w Lublińcu - firma nie ujawniona w CEIDG. Natomiast zaświadczenia z ZUS i urzędu skarbowego są wystawione na inną firmę a mianowicie Iwonę Grati, a tym samym nie potwierdzają, że składający ofertę nie ma zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne oraz czy nie zalega z podatkiem. Fakt ten stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia złożonej przez niego oferty (art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 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 zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się

Izba ustaliła, iż zamawiający wartość szacunkową zamówienia ustalił w dniu „02/02/2012 r.” na podstawie Zeszytu Sekocenbud nr 16/2009 (1125) zawierającego wskaźniki cenowe na prace przygotowawcze, projektowe i obsługę inwestorską koszt Inżyniera Kontraktu według wymagań FIDIC to 3,5 – 5,5% wartości robót budowlanych.

Zamawiający, podczas otwarcia ofert w dniu 16 kwietnia 2012 r., podał kwotę 650.000,00 zł brutto jako kwotę, którą przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca GRA-MAR w złożonej ofercie zaoferował realizację całości przedmiotu zamówienia za cenę w wysokości 79.950,00 zł brutto (cena netto – 65.000,00 zł netto) (str. 3 oferty).

Pismem z dnia 8 maja 2012 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, celem ustalenia czy cena oferty wykonawcy GRA-MAR zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie wymagania określone we wskazanych elementach objętych SIWZ oraz wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wskazując, iż prosi o uzasadnienie i wyjaśnienie wraz z odpowiednimi kalkulacjami.

Wykonawca GRA-MAR, pismem z dnia 14 maja 2012 r., oświadczył m.in., iż w zaoferowanej cenie uwzględnił minimalny zysk, a wskazany w ofercie personel, stanowiący zespół nadzoru inwestorskiego składa się z osób mieszkających w obrębie przedmiotowej inwestycji, w związku z czym do kwoty usługi nie wliczono kosztów delegacji, czy też zakwaterowania pracowników. Każdy z inspektorów posiada własny środek transportu, a także dysponuje urządzeniem telekomunikacyjnym, zestawem komputerowym i aparatem cyfrowym.

W dniu 28 maja 2012 r. zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy GRA-MAR jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Z powyższego więc wynika, iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności.

Zamawiający na realizację tego zamówienia – jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-1) - przeznaczył kwotę 650.000,00 zł brutto. Jednak faktyczną kwotę tego zamówienia, jak następnie podniósł zamawiający na rozprawie, należy odnieść do kwoty robót, dla których to ma być świadczona usługa związana z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu, a więc około 18.000.000,00 zł (to bowiem ta właśnie kwota stanowi kwotę zaoferowaną przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu na realizację robót, na których ma być świadczona przedmiotowa usługa).

Zamawiający, co jest bezsporne, powziął wątpliwości co do cen (pięciu z najniższych cenowo ofert), w tym najniższej z zaoferowanych cen, tj. ceny wykonawcy GRA-MAR. Wykonawca ten za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował bowiem kwotę netto w wysokości 65.000,00 zł oraz kwotę brutto w wysokości 79.950,00 zł. I niewątpliwie cena ta znacznie odbiega nie tylko od pierwotnie oszacowanej kwoty zamówienia, ale także od wartości kwot zaoferowanych w tym postępowaniu przez innych wykonawców (232.545,77 zł brutto; 334.560,00 zł brutto; 487.178,40 zł brutto; 525.210,00 zł brutto i kwoty wyższe). Żaden z pozostałych wykonawców nie zaoferował ceny zbliżonej do ceny zaoferowanej przez wykonawcę GRA-MAR. Niemniej jednak nawet cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. To bowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem wykonawca GRA-MAR udzielił tak ogólnikowych wyjaśnień, iż mogłyby one dotyczyć niemal każdego dowolnie wybranego postępowania. W swojej kalkulacji uwzględnił zysk, niemniej jednak – jak sam zresztą podniósł – jest to zysk minimalny (4.950,00 zł), stwierdzając następnie, iż „dużą wartością są dla niego referencje, które może uzyskać za dobrze wykonaną usługę”. Wynagrodzenie jego personelu ukształtowano w porozumieniu z osobami zainteresowanymi, jednocześnie przyjmując iż czas pracy osób wchodzących w skład zespołu nadzoru dopasowany będzie do realnego czasu pracy wykonawcy robót. A ponadto „do kwoty tej nie wliczono kosztów delegacji, czy też zakwaterowania pracowników”, gdyż osoby te mieszkają w obrębie inwestycji i „każdy z inspektorów posiada własny środek transportu, a także dysponuje urządzeniem telekomunikacyjnym, zestawem komputerowym i aparatem cyfrowym”. Wykonawca ten nie przedstawił jednak żadnych dowodów potwierdzających te okoliczności. Istotnie złożył on wyjaśnienia, niemniej jednak zamawiający był zobowiązany dokonać ich oceny, a przede wszystkim powinien był ustalić, czy mają one charakter czynników obiektywnych, są spójne i dostatecznie wyjaśniają powstałe wątpliwości. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią bowiem podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, a takich w niniejszym stanie faktycznym użył wykonawca GRA-MAR, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05) ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień.

Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy (w oparciu o art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody

wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowe sprzyjając warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający może więc uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze, a za takie uznać należy czynniki wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a których to wykonawca GRA-MAR niewątpliwie nie wskazał. Oczywiście mogą być i inne czynniki o ile zostaną wskazane przez wezwanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę, o ile rzeczywiście wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny. Takich czynników wykonawca GRA-MAR niewątpliwie nie przedstawił. Natomiast to zamawiający, w sposób nieuprawniony, dokonał oceny wyjaśnień tego wykonawcy i to nie tylko w oparciu o ich treść, ale także w oparciu o całą dokumentację postępowania (wszystkie dokumenty pochodzące od wykonawcy GRA-MAR). Podstawą oceny w tym trybie są bowiem tylko i wyłącznie wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę wezwanego do ich złożenia. Rolą zamawiającego nie jest poszukiwanie argumentów potwierdzających stanowisko danego wykonawcy, ale ich rzetelna ocena. Złożenie szczegółowych wyjaśnień jest bowiem obowiązkiem wykonawcy. Zaś zamawiający nie może z ich treści wywodzić okoliczności, które nie zostały tam podane.

W oparciu o powyższe należy więc stwierdzić, iż wykonawca GRA-MAR mimo, wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób nie budzący żadnych wątpliwości nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, mimo iż to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny. W niniejszym stanie faktycznym ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego prowadzi do uznania, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż – jak wynika z ze strony tytułowej, jak i formularza „Oferta”, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ (str. 3 oferty) – ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyło „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR”, 42-700 Lubliniec, ulica Częstochowska 6/4”. Oświadczenia, w imieniu wykonawcy składała „P.W. GRA-MAR Właściciel mgr Iwona Grati”.

W załączeniu do oferty wykonawca ten złożył „aktualny odpis z właściwego rejestru lub oświadczenie” – wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej [www.firma.gov.pl], w treści którego w rubryce wskazującej „firma przedsiębiorcy” wpisano „Iwona GRATI”.

Pismem z dnia 10 maja 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę GRA-MAR m.in. „do wyjaśnienia dlaczego Pani Iwona Grati złożyła ofertę pod nazwą firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR”, która to nazwa nie została ujawniona w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej?”. Jako termin złożenia wymaganych wyjaśnień, jak i dostarczenia stosownych oświadczeń i dokumentów zamawiający wskazał 18 maja 2012 r.

W dniu 13 maja 2012 r. wpłynął do zamawiającego wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, w treści którego w rubryce wskazującej „firma przedsiębiorcy” wpisano „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR” Iwona GRATI”, a także wskazano szerszy w stosunku do dokumentu pierwotnie złożonego zakres prowadzonej działalności gospodarczej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z osobą fizyczną (Iwoną Grati) prowadzącą działalność gospodarczą, która zobowiązana jest – zgodnie z obowiązującymi przepisami – do składania właściwym organom skarbowym i ubezpieczeniowym odpowiednich dokumentów. I takie dokumenty zostały wraz z ofertą złożone. Istotnie w treści oferty brak było dokumentu, z którego wynikałoby, iż Iwona Grati prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR”, a – jak wynika z formularza oferty – to ta właśnie firma złożyła ofertę. Jednak w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – w odpowiedzi na prawidłowe wezwanie zamawiającego – złożony został wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, w treści którego w rubryce wskazującej „firma przedsiębiorcy” wpisano „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRA-MAR” Iwona GRATI”, Dokument ten zawiera ponadto rozszerzony zakres prowadzonej działalności, a więc obejmujący także zakres tego zamówienia, jak również datę rozpoczęcia działalności, która jest zgodna z datą zawartą na pierwotnie złożonym dokumencie. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: