

Sygn. akt: KIO 748/13

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **LIDER PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 61-659 Poznań, ul. Winogrody 60** w postępowaniu prowadzonym przez **Stowarzyszenie Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego, 71-424 Szczecin, ul. Janosika 8,**

przy udziale wykonawcy **D..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Doradztwo Ekonomiczne – D..... Z..... z siedzibą w Szczecinie, 71-235 Szczecin, ul. Brylantowa 7/6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 748/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę LIDER PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 61-659 Poznań, ul. Winogrody 60 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LIDER PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 61-659 Poznań, ul. Winogrody 60** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **LIDER PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 61-659 Poznań, ul. Winogrody 60** na rzecz **Stowarzyszenia Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego, 71-424 Szczecin, ul. Janosika 8** kwotę **5 158 zł 48 gr** (słownie: pięć tysięcy sto pięćdziesiąt osiem złotych czterdzieści osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Stowarzyszenie Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego z siedzibą w Szczecinie, zwane 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 „Opracowanie dokumentu pn. Strategia Rozwoju Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego sposobem na skuteczne podnoszenie jakości usług publicznych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 stycznia 2013 r., poz. 41536.

W dniu 28 marca 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę LIDER PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający podniósł m.in., iż wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Nadto dodał, iż z uwagi na ogólny i niekonkretny charakter pisma oraz brak jakichkolwiek dowodów (w tym kalkulacji cenowych) na poparcie stanowiska wykonawcy zamawiający nie miał możliwości ustalenia, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie ofertę wykonawcy zmuszony był odrzucić.

W dniu 2 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 16 grudnia 2010 r.) wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskutek nieprawidłowej oceny treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego. Nadto z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie obowiązkowego wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 marca 2013 r.;
2. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w treści wyjaśnień wskazał na szereg czynników wpływających na poziom zaoferowanej ceny, zaś ewentualne dalsze wątpliwości zamawiającego nie mogły skutkować uznaniem, iż odwołujący nie złożył żadnych wyjaśnień, co uzasadniałoby odrzucenie oferty odwołującego w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący złożył bowiem wyjaśnienia – w jego przekonaniu - potwierdzające, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, zaś art. 90 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza odrzucenie oferty wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień bądź gdy złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Nie wystąpiła więc żadna z tych przesłanek, a zamawiający w sposób nieuprawniony zrównał sytuację niezłożenia wyjaśnień w ogóle z sytuacją złożenia wyjaśnień, które zamawiający uznał za nieusuwające wszystkich jego wątpliwości.

Nadto podniósł, iż jeżeli zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za niewystarczające, tj. nie rozstrzygające w sposób jednoznaczny wątpliwości zamawiającego, obowiązkiem zamawiającego było podjęcie dalszych czynności zmierzających do wyjaśnienia tych wątpliwości, tj. wezwanie odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym zamawiający zaniechał dalszego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny (naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) i odrzucił ofertę odwołującego.

Odwołujący podniósł także, iż treść wyjaśnień złożonych w dniu 21 lutego 2013 r. pozwalała zamawiającemu na uznanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności w złożonym wyjaśnieniu wyraźnie określił, że „Zgodnie ze Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia usługa będzie świadczona przez okres ok. 17 miesięcy. Wynagrodzenie przedstawione w ofercie za jeden miesiąc realizacji usługi kształtuje się na poziomie 14 325,88 zł brutto. Cena ta obejmuje wszystkie czynniki wpływające na jej wysokość w tym: podatek VAT, pełen zakres prac niezbędnych do wykonania zamówienia (wynagrodzenie pięciu ekspertów w łącznym wymiarze zapewniającym terminowe wykonanie usługi, w tym badań ankietowych (n=500) i kwestionariuszowych, koszty administracyjne (koszt druku dokumentów, telefonów, powierzchni biurowej, itp.), wsparcie informatyczne, koszty dojazdu oraz zysk Spółki).”

Usługa będąca przedmiotem zamówienia polega niemal wyłącznie na opracowaniu dzieła przez zespół ekspertów. Zamawiający wziął na siebie wszystkie najważniejsze koszty inne niż związane z pracą ekspertów, tj. związane z zorganizowaniem procesu konsultacji, warsztatów, spotkań szkoleniowo-konsultacyjnych, spotkań i konferencji w ramach komunikacji Projektu (infrastruktura, urządzenia, materiały biurowe i prezentacje, itp.).

Pismem z dnia 2 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca D..... Z.....

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Doradztwo Ekonomiczne – D..... Z..... z siedzibą w Szczecinie, zwany dalej „wykonawcą D..... Z.....”) otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 5 kwietnia 2013 r. (pismem z dnia 4 kwietnia 2013 r.) wykonawca D..... Z..... przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

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 i Przystępującego 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.

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

Izba ustaliła, iż zamawiający wartość szacunkową zamówienia ustalił na kwotę 450 989,00 zł w dniu „21.11.2012 r.” na podstawie analizy rynku i planowanych kosztów w projekcie, w tym dokonał m.in.: „zapytania”, „analizy postępowań przetargowych o podobnym przedmiocie zamówienia (druk ZP-PN s.1).

Zamawiający, podczas otwarcia ofert w dniu 14 lutego 2013 r., podał kwotę 585 700,00 zł brutto jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (druk ZP-PN s.5).

Odwołujący w złożonej ofercie (oferta nr 6) zaoferował realizację całości przedmiotu zamówienia za cenę w wysokości 243 540,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono 10 ofert, tj. ofertę nr 1 na kwotę 67 650,00 zł brutto; ofertę nr 2 na kwotę 563 217,00 zł brutto; ofertę nr 3 na kwotę 349 000,00 zł brutto; ofertę nr 4 na kwotę 273 333,06 zł brutto; ofertę nr 5 na kwotę 465 555,00 zł brutto; ofertę nr 6 na kwotę

243 540,00 zł brutto; ofertę nr 7 na kwotę 520 290,00 zł brutto; ofertę nr 8 na kwotę 396 060,00 zł brutto; ofertę nr 9 na kwotę 553 500,00 zł brutto i ofertę nr 10 na kwotę 432 345,00 zł brutto.

Pismem z dnia 18 lutego 2013 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto dodał, iż „cena oferty odbiega znacznie od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego (...). W związku z powyższym prosimy w szczególności o podanie wszystkich składników zaoferowanej ceny oraz sposobu jej kalkulacji.”.

Odwołujący, pismem z dnia 21 lutego 2013 r., oświadczył m.in., iż kalkulacja ceny wskazanej w ofercie uwzględnia szacunkowy czas pracy ekspertów zaangażowanych do realizacji zadania, podział zadań pomiędzy ekspertów, koszty materiałów i energii oraz wynagrodzenie za wcześniej zrealizowane podobne usługi z planowania strategicznego. Zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia usługa będzie świadczona przez okres ok. 17 miesięcy. Wynagrodzenie przedstawione w ofercie za jeden miesiąc realizacji usługi kształtuje się na poziomie 14 325,88 zł i cena ta obejmuje wszystkie czynniki wpływające na jej wysokość. Wiele kosztów związanych z zorganizowaniem procesu konsultacji, warsztatów, spotkań szkoleniowo-konsultacyjnych, spotkań i konferencji w ramach komunikacji Projektu bierze na siebie zamawiający, a to pozwala na znaczne zredukowanie oczekiwanego całkowitego wynagrodzenia za wykonanie usługi.

W dniu 28 marca 2013 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, i podnosząc że wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z uwagi na ogólny i niekonkretny charakter pisma oraz brak jakichkolwiek dowodów, w tym kalkulacji cenowych na poparcie stanowiska wykonawcy, zamawiający nie miał możliwości ustalenia czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie ofertę odwołującego zmuszony był odrzucić.

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 585 700,00 zł brutto. Natomiast odwołujący za realizację tego przedmiotu zamówienia zaoferował kwotę w wysokości 243 540,00 zł brutto. Cena zaoferowana przez odwołującego jest więc niższa o 58,42% od wartości szacunkowej zamówienia, jak i jest niższa o 27,11% od średniej ceny brutto wynikającej z cen zaoferowanych w ofertach innych wykonawców. Tym samym uprawnionym było skierowanie pytania do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający, co jest bezsporne, powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez odwołującego ceny (stosowne zapytanie skierował do czterech najniższych cenowo ofert), w tym najniższej z zaoferowanych cen, tj. ceny odwołującego. Cena ta – co jest niewątpliwe - znacznie odbiega nie tylko od szacunkowej wartości zamówienia, ale także od wartości kwot zaoferowanych w tym postępowaniu przez innych wykonawców. 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 realność zaoferowanej ceny. To bowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem odwołujący udzielił tak ogólnikowych wyjaśnień, nie przedstawiając przy tym żądanych przez zamawiającego składników zaoferowanej ceny oraz sposobu jej kalkulacji. Istotnie wskazał, iż zaoferowana cena „obejmuje wszystkie czynniki wpływające na jej wysokość”, odnosząc ją do wysokości wynagrodzenia eksperta za jeden miesiąc realizacji usługi. Jednak nie podał w odniesieniu do wyspecyfikowanych czynników przypisanych im wartości (kwot). Nie przedstawił więc kalkulacji zaoferowanej ceny, mimo iż właśnie sposobu kalkulacji ceny oczekiwał zamawiający. Natomiast możliwość zredukowania kosztów odniósł do bliżej nieokreślonych okoliczności i wartości, odwołując się przy tym do dotychczasowego doświadczenia w realizacji podobnych zamówień. Nie przedstawił więc żadnych dowodów potwierdzających te okoliczności. Odwołujący – co jest bezsporne - złożył wyjaśnienia. I to właśnie te wyjaśnienia podlegały ocenie zamawiającego. 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 odwołujący, 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 bowiem pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowe sprzyjające

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 odwołujący niewątpliwie nie wskazał. Jednocześnie stwierdzić należy, iż mogą być i inne czynniki o ile zostaną wskazane przez wezwanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę o ile wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny. To dopiero na obecnym etapie postępowania odwołujący odwołuje się do złożonej koncepcji, jak i podejmuje próbę wyjaśnienia kwestii zaoferowanej ceny. Tymczasem oceny wyjaśnień należy dokonać wyłącznie w oparciu o ich treść, a nie w oparciu o dokumentację postępowania (wszystkie dokumenty pochodzące od odwołującego). Podstawą oceny w tym trybie są bowiem tylko i wyłącznie wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę wezwanego do ich złożenia.

W oparciu o powyższe należy więc stwierdzić, iż odwołujący 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. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

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 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 zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 1 558,48 zł.

Przewodniczący: