Sygn. akt: KIO 2014/10

WYROK
z dnia 30 września 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 17 września 2010 r. wniesionego przez **"ELMONTEX" Spółka Jawna Marek Bartłomowicz, Jacek Pelc, 71-344 Szczecin, ul. Litewska 14** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, 70-340 Szczecin, al. Bohaterów Warszawy 33**

przy udziale wykonawcy **Dorota Winiarska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwa Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "WIN-BUD" Dorota Winiarska, 59-220 Legnica, ul. Staszica 3/4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **"ELMONTEX" Spółka Jawna Marek Bartłomowicz, Jacek Pelc, 71-344 Szczecin, ul. Litewska 14**
i nakazuje:

---

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **"ELMONTEX" Spółka Jawna Marek Bartłomowicz, Jacek Pelc, 71-344 Szczecin, ul. Litewska 14,** tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

2) dokonać wpłaty kwoty 4 072 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **"ELMONTEX" Spółka Jawna Marek Bartłomowicz, Jacek Pelc, 71-344 Szczecin, ul. Litewska 14** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, 70-340 Szczecin, al. Bohaterów Warszawy 33** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 **Szczecinie.**

Przewodniczący:
……

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi w zakresie konserwacji i bieżącego utrzymania sygnalizacji świetlnej na drogach krajowych nr 6, 11, 25 – 3 zadania.
Odwołujący – ELMONTEX Marek Bartłomowicz, Jacek Pelc sp. j. w Szczecinie, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i 2 oraz

zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, którym jest Dorota Winiarska prowadząca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „WIN-BUD" w Legnicy.
Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 i art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie odrzucenia wybranej oferty złożonej przez przystępującego.
Uzasadniając zarzuty odwołujący stwierdził, że w zadaniach nr 1 i 2, w których złożył ofertę, nastąpił wybór oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.
Wskazał, że ceny dla zadania nr 1 w wysokości 190 320 zł oraz dla zadania nr 2 w wysokości 121 548,60 zł stanowią odpowiednio 43% (zad. 1) i 39% (zad. 2) kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadań, oraz 49% (zad. 1) i 59% (zad. 2) ceny kolejnej oferty tj. odwołującego.
Stwierdził, że odpowiedź wykonawcy nie zawiera wyjaśnień wskazujących na obiektywne czynniki zezwalające na skalkulowanie ceny na tak niskim poziomie i brak jest szczegółowej kalkulacji cenowej dla każdego z zadań. W ocenie odwołującego nie stanowią wyjaśnień stwierdzenia, że część pozycji wymienionych w kosztorysach ofertowych znajduje się na stanie magazynowym, oraz, że w ramach negocjacji cenowych z producentami możliwe jest uzyskanie rabatów, „co jeszcze bardziej obniża koszty materiałów (zakupu, robocizny)".
Odwołujący zauważył, że załączona do pisma tabela – „Koszty usług – eksploatacja sygnalizacji świetlnych" jest tym samym co formularz cenowy złożony z ofertą poszerzony o dodatkową kolumnę, w której określono ceny materiału i nie stanowi dowodu na realność danej ceny jednostkowej, a jedynie potwierdza oczywisty fakt, że cena materiału jest niższa od ceny usługi, do wykonania której materiał będzie zużyty. Stwierdził, że w tabeli są pozycje, w których koszt materiału został określony stwierdzeniem „od …zł" co może oznaczać kwoty znacznie wyższe. Wskazał przykład ceny materiałów w zadaniu 1 dla:

pozycji 9 *Wymiana przycisku z komunikatem głosowym* – stwierdzając, że cena zgodnie z ofertą jedynego w Polsce producenta wynosi 1450 zł netto, a wykonawca podał 224 zł;
Pozycji 17 *Wymiana uszkodzonego masztu z wysięgnikiem (l=6m)* – stwierdzając, że cena producenta (np. MABO) wynosi 3 850 zł netto, a wykonawca zaoferował cenę 470 zł.
Powołując się na orzecznictwo KIO i sądów okręgowych wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy muszą być odpowiednio umotywowane i przekonujące, ciężar dowodu braku zaoferowania rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który powinien wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawcy oraz biorąc pod uwagę znane mu porównywalne ceny rynkowe miał podstawy przyjąć, że cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska.

Przystępujący – wnosząc o oddalenie odwołania stwierdził, że cena została skalkulowana prawidłowo, a zaoferowane ceny są wiarygodne i realistyczne w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Zauważył, że zestawienie i samo porównanie ceny ofert z kwotami przeznaczonymi przez zamawiającego nie decyduje o ocenie ceny jako rażąco niskiej. Uznał, że ocena odwołującego jest nierzetelna i oparta na wybiórczych cytatach z wyjaśnień, wyjętych z kontekstu. Wskazał, że odwołujący podając przykłady zaniżenia cen celem zniekształcenia obrazu oparł się tylko na kosztorysie ofertowym z zadania nr 1, nie wskazując na zadanie nr 2, na które również wniesiono odwołanie.
Przystępujący stwierdził, że to odwołujący celowo zawyżył cenę i wskazał, na znaczące różnice cen materiałów analogicznych dla zadania 1 i 2. Zauważył, że przyjął w ofercie jednakowe ceny we wszystkich pozycjach w obydwu zadaniach. Stwierdził, że zamawiający prawidłowo ocenił otrzymane wyjaśnienia, a tezy odwołania nie są poparte dowodami.

Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny stwierdza, że z przepisu art. 90 ustawy Pzp wynika, że ustawa przyjmuje zasadę, iż podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia. Relacja taka jest dla zamawiającego wskazówką, że cena może być rażąco niska. Stosownie do treści przepisu, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do

wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniu nr 1 ustalona przez zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług wynosi 443 903,20 zł, cena odwołującego wynosiła 388 116,79 zł, a cena przystępującego – 190 320 zł, natomiast w zadaniu nr 2 wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek od towarów i usług

wynosi 311 548,40 zł, cena odwołującego wynosiła 204 405,51 zł, a cena przystępującego stanowiła kwotę 121 548,60 zł.
Wskazane ceny zaoferowane przez wybranego wykonawcę, dla obu zadań, w relacji do wartości przedmiotu zamówienia, wobec występowania znaczącej różnicy między tymi wielkościami, uzasadniają żądanie złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Zamawiający mając zatem podstawy do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy, pismem z dnia 3 września 2010 r. zwrócił się o złożenie wyjaśnień wskazując, że do wyjaśnień należy załączyć szczegółową kalkulację cenową sporządzoną dla poszczególnych zadań. W odpowiedzi z dnia 4 września 2010 r. wykonawca złożył kosztorys pn. „Koszty usług – eksploatacja sygnalizacji świetlnych" zawierający 22 pozycje rodzajów napraw tożsame ze wskazanymi w ofercie. Poszczególne ceny za wykonanie usług podane w kosztorysie są zgodne z cenami oferty. Jako element cenotwórczy wskazano jednostkowe ceny materiału. Ponadto dla poszczególnych pozycji podano nazwę producenta lub dostawcy, przy czym dla ośmiu pozycji stwierdzono dodatkowo w rubryce producenta lub dostawcy: „stan magazynowy". Do wyjaśnień załączono fragmenty cenników i ofert cenowych kilku producentów.
Odnosząc przedstawione oferty cenowe do pozycji zakwestionowanych przez odwołującego stwierdzono, że dla pozycji „wymiana przycisku z „komunikatem głosowym" przystępujący wskazał w złożonych wyjaśnieniach ofertę cenową dostawcy przycisków z sygnałem dla pieszych zawierającą ceny czterech rodzajów przycisków dla pieszych z sygnałem dźwiękowym w cenie 224 zł, które to ceny jednostkowe materiału mieszczą się w cenie usługi w kwocie 500 zł ujętej w złożonej przez przystępującego ofercie. Należy przy tym zauważyć, że dla tej pozycji zamawiający przyjął zarówno w zadaniu 1 jak i 2 kwotę 420 zł, co czyni wątpliwym twierdzenie odwołującego, że cena zgodnie z ofertą jedynego w Polsce producenta wynosi 1450 zł netto sugerując, iż niemożliwe jest przyjęcie ceny poniżej 1450 zł. Ponadto ustalono, że cena za jednorazowe wykonanie przedmiotowej usługi (poz. 9 wymiana przycisku z komunikatem głosowym) w ofercie odwołującego wynosi w zadaniu nr 1 – 1500 zł, natomiast w zadaniu nr 2 – tylko 15 zł.
W odniesieniu do pozycji 17 *Wymiana uszkodzonego masztu z wysięgnikiem (l=6m) – ,* co do której odwołujący stwierdził, że cena producenta (np. MABO) wynosi 3 850 zł netto, a wykonawca zaoferował cenę 470 zł, złożone wyjaśnienia dotyczące tej pozycji wskazują na „stan magazynowy" i dostawcę Mirs Cynkmal. W tym miejscu izba przyznaje rację odwołującemu, iż stwierdzenie, że wykonawca dysponuje określonymi materiałami posiadając je we własnym magazynie jest niewystarczające i nie stanowi merytorycznego wyjaśnienia wartości tych materiałów. Należy przy tym zauważyć, że dla tej pozycji zamawiający przyjął zarówno w zadaniu 1 jak i 2 kwotę 6 720 zł, natomiast odwołujący kwotę 3900 zł. Izba uznała w zakresie tego elementu za wiarygodne twierdzenie o możliwości

wykonania usługi za cenę podaną w ofercie z uwzględnieniem w tej cenie kosztu zakupu materiału podanego w dowodzie z dokumentu złożonego na rozprawie.
Izba stoi na stanowisku, że ocena ceny ofertowej pod kątem ustalenia, czy jest ona rażąco niska odnosi się co do zasady, do ceny oferty, a nie jej poszczególnych składników cenotwórczych. Jednocześnie jednak należy wziąć pod uwagę elementy mające wpływ na wysokość ceny (vide art. 90 ust. 1 in fine ustawy), stąd zrozumiałe jest prowadzenie przez strony sporu w zakresie wybranych elementów. W rozpoznawanej sprawie, ustalony i przedstawiony wyżej stan faktyczny wskazuje, że w zakresie usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia dla obu zadań miały miejsce znaczące różnice tak w zakresie cen ofertowych, jak i poszczególnych ich składników. Izba nie uznała przy tym za udowodnione,

iż w odniesieniu do wskazanych przykładów odwołujący wykazał, że omawiane usługi można wykonać wyłącznie w oparciu o materiały dostarczone przez wskazanego w odwołaniu producenta, zważywszy, iż wybrany wykonawca wskazał na innych producentów i dostawców. W ocenie izby zamawiający prawidłowo uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy jako potwierdzające, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo iż odbiega ona znacznie od oszacowanego przedmiotu zamówienia. W tym wypadku zatem uprawnione było i uzasadnione odniesienie ocenianej ceny do realiów rynkowych przedmiotowych usług. Na świadczenie usług w porównywalnych cenach wskazał również przystępujący w złożonych wyjaśnieniach.

W konsekwencji izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 i art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp uznając, iż w świetle wyjaśnień wykonawcy nie zaszły przesłanki odrzucenia jego oferty, a tym samym odwołanie podlega oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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:

……