

WYROK
z dnia 23 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tomasza Lesnera, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Lesner Consulting, ul. Świętojańska 66/11, 81-393 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Pomorskie, ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Tomasza Lesnera, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Lesner Consulting, ul. Świętojańska 66/11, 81-393 Gdynia i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Tomasza Lesnera, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Lesner Consulting, ul. Świętojańska 66/11, 81-393 Gdynia.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący

.....

2

UZASADNIENIE
do wyroku z dnia 23 listopada 2010 r. o sygn. akt: KIO 2445/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych i instalacji dla projektu Termomodernizacja siedmiu szpitali Województwa Pomorskiego wykonawca Tomasz Lesner, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Lesner Consulting (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. wezwania odwołującego do złożenia dokumentu w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których odwołujący posiada rachunek, potwierdzającej wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową odwołującego, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
2. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
3. uznania oferty odwołującego za odrzuconą,
4. odrzucenia oferty odwołującego,
5. wyboru oferty Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
6. udzielenia zamówienia wykonawcy Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o.
oraz, z ostrożności:
7. uznania, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu,

8. zaniechania wezwania odwołującego do złożenia dokumentu w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których odwołujący posiada rachunek, potwierdzającej wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową odwołującego, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
9. zaniechania wezwania odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty odwołującego mających wpływ na wysokość ceny,
10. zaniechania prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający bezstronność i obiektywizm,
11. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
12. zaniechania udzielenia zamówienia odwołującemu oraz w konsekwencji powyższego:
13. zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

3

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 26 ust. 3, poprzez:

- wezwanie odwołującego do złożenia dokumentu w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których odwołujący posiada rachunek, potwierdzającej wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową odwołującego w wysokości nie mniejszej niż 1 000 000 zł, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, gdy złożone wraz z ofertą informacje Volkswagen Bank Polska S.A. z dnia 23 września 2010 r. i Lukas Bank S.A. z dnia 29 września 2010 r. potwierdzają wysokość posiadanych środków finansowych odwołującego w wysokości nie mniejszej niż 1 000 000 zł oraz są wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentu w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których odwołujący posiada rachunek, potwierdzającej wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową odwołującego w wysokości nie mniejszej niż 1 000 000 zł, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert wobec uznania przez zamawiającego, że złożona wraz z ofertą odwołującego informacja Lukas Bank S.A. z dnia 29 września 2010 r. nie potwierdza wysokości posiadanych środków finansowych odwołującego,

2. art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez:

- bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia wobec zaniechania podania przyczyny tego wykluczenia oraz jednocześnie, przy podaniu tylko podstawy prawnej tej czynności zamawiającego, podczas gdy czynność ta została tylko uzasadniona przez zamawiającego,
- wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego sytuacji finansowej,

3. art. 24 ust. 4, poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,

4. art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez:

- bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego wobec zaniechania podania przyczyny tego odrzucenia oraz jednocześnie, przy podaniu tylko podstawy prawnej tej czynności zamawiającego, podczas gdy czynność ta została tylko uzasadniona przez zamawiającego,

4

-
- odrzucenie oferty odwołującego, pomimo uprzedniego uznania tej oferty za odrzuconą,

5. art. 91 ust. 1, poprzez:

- wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o.,

podczas gdy oferta ta nie jest najkorzystniejsza na podstawie wyłącznego kryterium oceny ofert - cena,

- zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego, podczas gdy oferta ta jest najkorzystniejsza na podstawie wyłącznego kryterium oceny ofert - cena,
6. art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 2, poprzez:
- zaniechanie żądania udzielenia przez odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz bezpodstawne ograniczenie dokonanego wezwania do samego żądania, bez jednoczesnego wyraźnego wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które mają stanowić przedmiot wyjaśnień odwołującego, podczas gdy zamawiający wywodzi ewentualne, negatywne dla odwołującego skutki prawne w postaci odrzucenia oferty odwołującego, na podstawie nieobiektywnej i stronniczej oceny prawidłowo udzielonych wyjaśnień,
 - arbitralną ocenę ceny za wykonanie zamówienia zawartej w ofercie odwołującego na podstawie nieobiektywnych czynników oraz z zaniechaniem bezstronnej oceny udzielonych wyjaśnień przez odwołującego,
7. art. 7 ust. 3, poprzez:
- udzielenie zamówienia wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy wykonawcy Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o. oraz pomimo, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie jest najkorzystniejsza na podstawie wyłącznego kryterium oceny ofert,
 - zaniechanie udzielenia zamówienia odwołującemu jako, że złożona przez odwołującego oferta jest najkorzystniejsza na podstawie wyłącznego kryterium oceny ofert,
8. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności wobec stronnictwa i nieobiektywnego zachowania zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz uznania oferty odwołującego za odrzuconą, a także

5

unieważnienia czynności ewentualnego uznania, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu,

- wykonania czynności oceny oferty odwołującego, a w jej wyniku wykonania czynności wyboru złożonej przez odwołującego oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o orzeczenie o kosztach postępowania z uwzględnieniem rachunków złożonych w toku postępowania odwoławczego oraz stosownie do wyniku sprawy, a ponadto o zobowiązanie zamawiającego do złożenia na posiedzenie Izby protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z wszelkimi załącznikami.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowiska zamawiającego i przystępującego, zaprezentowanego w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutów odwołania doprowadziłoby do przywrócenia wykonawcy do udziału w postępowaniu i poddania jego oferty badaniu i ocenie, co ze względu na przewidziane przez zamawiającego kryterium oceny ofert (zgodnie z Rozdziałem 10 SIWZ „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert”) cena stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej) i fakt, że oferta odwołującego zawiera najniższą cenę oznacza, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i związanego z jego realizacją zysku.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia równej lub

- przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wraz z załącznikami sporządzonych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,
2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
 3. Ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
 4. Wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skierowanego do odwołującego (pismo nr 28653/10/2010),

6

-
5. Wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 8 października 2010 r. (pismo nr 28655/10/2010),
 6. Odpowiedzi odwołującego na w/w wezwania z dnia 12 października 2010 r.,
 7. Informacji o wynikach postępowania z dnia 29 października 2010 r.,
 8. Odwołania z dnia 8 listopada 2010 r.,
 9. Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Tebodin Poland Sp. z o.o. z dnia 10 listopada 2010 r.

Jak trafnie podniósł zamawiający na rozprawie odwołujący nie kwestionował samego faktu, że wysokość zaferowanej przez odwołującego ceny może budzić wątpliwości co do jej rażąco niskiego charakteru. Oznacza to, że odwołujący nie kwestionował zasadności zwrócenia się do niego przez zamawiającego o udzielenie wyjaśnień na okoliczność zaferowania rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że zamawiający miał podstawy podejrzewać, że cena określona w ofercie odwołującego jest rażąco niska skoro cena ta stanowi jedynie 37,07 % wartości szacunkowej zamówienia (1 766 776,75 zł) powiększonej o wartość podatku VAT, tj. wartości 2 155 467,50 zł.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym wartość szacunkowa zamówienia powiększona o wartość podatku VAT stanowi pierwszoplanowy miernik porównawczy dla wysokości zaferowanych cen, tym bardziej w sytuacji, gdy sama wartość zamówienia nie była przez wykonawców kwestionowana w toku postępowania.

Podejrzenia zamawiającego wymagały wyjaśnienia także z tego powodu, że z czterech złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu dwie zawierały ceny na zbliżonym poziomie, tj. w wysokości 1 585 934,12 zł (Grontmij Polska Sp. z o.o.) oraz 1 304 497,20 zł (Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o.), dwie kolejne zaś na poziomie znacznie niższym, tj. 816 180,00 zł (Powiernictwo KORDEK Biuro Obsługi Budownictwa) i 799 100,00 zł (odwołujący).

Izba, jak wyraziła to już w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1443/08, stoi na stanowisku, że „Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie prawne (praesumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania (...). W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dowód braku zaferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy”.

7

Zamawiający, pismem z dnia 8 października 2010 r., wezwał odwołującego - z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień, czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że „Zamawiający w istocie nie zażądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących konkretnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, albowiem elementów tych w swoim żądaniu nie wskazał. (...) co w ocenie Odwołującego oznacza żądanie tylko ich „prostego” wskazania, co też Odwołujący

wyczerpująco uczynił w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach”.

Izba wskazuje, że zgodnie z Rozdziałem 9 SIWZ „Sposób obliczenia ceny” zamawiający zażądał od wykonawców jedynie podania w formularzu ofertowym ceny oferty oraz stawki procentowej zastosowanego podatku VAT (cenę oferty stanowiła cena ryczałtowa brutto), wobec czego uznać należy, że pozostawił wykonawcom swobodę co do budowy ceny, jej poszczególnych elementów.

Jak wskazał zamawiający w Rozdziale 9 pkt 3 SIWZ: „Cena oferty musi obejmować wszelkie koszty niezbędne do poniesienia przy realizacji przedmiotu zamówienia wynikające wprost z niniejszej specyfikacji oraz wszelkie elementy nieprzewidziane bez uwzględnienia, których nie można by było prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia”.

Taki wymóg zamawiającego potwierdza, że to wykonawca został uprawniony do określenia wszystkich elementów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, a w konsekwencji do wyceny poszczególnych elementów, których suma składa się na cenę ofertową brutto.

W treści formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający nie zażądał, aby elementy ceny zostały przez wykonawców podane. W konsekwencji, w złożonej ofercie odwołujący nie wyróżnił, nie podał żadnych elementów składowych ceny, co przesądza o tym, że zamawiający - dysponując jedynie wiedzą co do wysokości ceny całkowitej brutto - nie mógł, wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazać żadnych „konkretnych elementów”.

Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, iż w wezwaniu z dnia 8 października 2010 r. zamawiający wyartykułował jedynie żądanie „prostego” wskazania elementów, mających wpływ na wysokość ceny.

Nie sposób takiego wniosku wywieść z literalnego brzmienia wezwania skoro mowa w nim wprost o wyjaśnieniach, nie zaś jakimkolwiek „wskazywaniu”.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że odwołujący w odpowiedzi z dnia 12 października 2010 r. nie wskazał żadnych elementów specyficznych jedynie dla odwołującego, tj. żadnych obiektywnych czynników, które ustawodawca jedynie przykładowo wskazał w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Brak bowiem podstaw, aby uznać, że jedynie

odwołujący „zdefiniował cenę po głębokiej i szczegółowej analizie”, że jedynie odwołujący „wziął pod uwagę złożoność zamówienia, jego charakter”, „koszty wynagrodzenia i koszty administracyjno - biurowe”, czy wreszcie, że jako jedyny założył osiągnięcie zysku. Przeciwnie, takie czynniki musiał uwzględnić w przedmiotowym postępowaniu każdy wykonawca obliczając wysokość ceny ofertowej.

W świetle treści wezwania z dnia 8 października 2010 r., a dodatkowo wyznaczonego terminu (zamawiający dał odwołującemu termin aż do 15 października 2010 r.) nie budzi wątpliwości Izby, że obowiązkiem odwołującego nie było jedynie wskazanie, ale i wyjaśnienie zamawiającemu wpływu na wysokość ceny całkowitej tych czynników, których dostępność jedynie dla odwołującego pozwoliła mu na zaoferowanie ceny odbiegającej od wartości przedmiotu zamówienia (wartości szacunkowej powiększonej o wartość podatku VAT), a także dwóch innych ofert.

Izba nie uznała za trafny - w zakresie wysokości zaoferowanej ceny - argument odwołującego, iż jego cena „nie odbiega od cen uzyskiwanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia w podobnych sprawach”, ponieważ przekonanie samego odwołującego (brak dokumentów źródłowych, stanowiących podstawę takiego przekonania), że ceny, które brał pod uwagę rzeczywiście mogą być uznane za miarodajne, adekwatne i aktualne dla zakresu i złożoności przedmiotowego zamówienia nie może stanowić rzetelnego dowodu w sprawie.

Izba nie uznała także za trafny - w zakresie wysokości zaoferowanej przez odwołującego ceny - argument, iż cena odwołującego „od kolejnej ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu różni się tylko o ok. 2%”, ponieważ również w stosunku do tej oferty (oferty złożonej przez Powiernictwo KORDEK Biuro Obsługi Budownictwa Stanisław Kordek z ceną 816 180,00 zł) zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny, w następstwie którego oferta tego wykonawcy została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Reasumując, w ocenie Izby - w świetle informacji, jakimi dysponował zamawiający - odwołujący został prawidłowo wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w treści pisma z dnia 12 października 2010 r. nie obalił jednak domniemania rażąco niskiej ceny, wobec czego zamawiający zasadnie uznał, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu. Oferta ta zostałaby przez zamawiającego odrzucona, gdyby nie została przez zamawiającego wyeliminowana w następstwie wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

9

Istnienie podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp czyni zbędnymi rozważania Izby na temat istnienia podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Niezależnie bowiem od uznania przez Izbę, że poprzez dokumenty złożone wraz z ofertą odwołujący wykazał, że posiada środki finansowe w żądanej przez zamawiającego wysokości albo też, że zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzupełnienia dokumentów, oferta odwołującego nie może być poddana ocenie i nie może być w konsekwencji uznana za najkorzystniejszą.

Innymi słowy, nawet potwierdzenie się pozostałych zarzutów odwołania nie miało, ani też nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania w postaci wyboru oferty złożonej przez przystępującego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), ponieważ oferta odwołującego ze względu na istnienie podstaw do jej odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie może być poddana ocenie i porównana z innymi ofertami, a tym samym nie może być ofertą najkorzystniejszą.

Jedynie dodatkowo zatem Izba stwierdza, że za kuriozalne uznaje stanowisko zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, iż „wadą wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłoby podpowiadanie przez zamawiającego, na czym polega wadliwość złożonego przez zwanego wykonawcę dokumentu”, ponieważ warunkiem sprostania przez wykonawców oczekiwaniom zamawiającego w zakresie uzupełnienia dokumentów jest właśnie poznanie zastrzeżeń co do dokumentów już złożonych przez wykonawcę w przekonaniu, że są prawidłowe.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....

10