

WYROK

z dnia 4 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września br. przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kapsch Road
Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Egis Projects Polska
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym
przez zamawiającego - Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego
w Warszawie

przy udziale wykonawcy Intertoll Construction spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy
złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia Kapsch Road Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
w Warszawie i Egis Projects Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
w Warszawie, i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie:
piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie
ubiegających się o udzielenie zamówienia Kapsch Road Services spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w Warszawie i Egis Projects Polska spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t. j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 1886/18

I. Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi Manualnego Poboru Opłaty za przejazd i usługi Manualnego Systemu Poboru Opłat na odcinku Autostrady: A2 Konin - Stryków oraz A4 Wrocław-Sośnica”. Postępowanie prowadzone jest w dwóch częściach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 20 września 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Kapsch Road Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Egis Projects Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie w części pierwszej postępowania, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji bezzasadny wybór oferty Intertoll jako najkorzystniejszej pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt lub ich istotne części składowe, w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji bezzasadny wybór oferty Intertoll jako najkorzystniejszej pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności przez zaoferowanie sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia;
- art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wezwania Intertoll do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny pomimo, iż istniały uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana cena lub koszt, lub jej istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący analizował pojęcie rażąco niskiej ceny i ceny ofert, złożonych w postępowaniu. Wywodził, że pomimo istniejących możliwości Zamawiający nie dochował należytej staranności przy przeprowadzeniu przedmiotowego Postępowania. W pierwszej kolejności dokonał błędnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Kwestia błędnego oszacowania przedmiotu zamówienia była podnoszona już przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym przed KIO (sygn. akt.: KIO 1566/18), w którym Odwołujący przedstawił dowody na poparcie zajmowanego stanowiska, tj. że przedmiot zamówienia oszacowany został błędnie. Jedynie z powodów proceduralnych, dowody oraz przedstawiana

wówczas argumentacja, na tamtym etapie, nie mogła być przedmiotem analizy KIO.

W związku z przeprowadzonym postępowaniem przed KIO w sprawie o sygn. akt. 1566/18, Zamawiający mógł zapoznać się ze szczegółową argumentacją poddającą w wątpliwość możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego za cenę zaoferowaną przez Intertoll Zamawiający. Pomimo tego, bezzasadnie zaniechał nawet podjęcia działań zmierzających do wyjaśnienia tych wątpliwości na etapie oceny oferty Intertoll.

Odwolujący ma świadomość tego, że cena oferty Intertoll mieści się w budżecie Zamawiającego i zbliżona jest do wartości szacunkowej zamówienia, niemniej jednak w stanie faktycznym niniejszej sprawy, nie ma to znaczenia. Miarodajna jest bowiem przy ocenie rażąco niskiej ceny nie wartość wynikająca z oszacowania przedmiotu zamówienia ale wartość aktualnych cen rynkowych i kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Oczywistym jest, że Zamawiający powinien dążyć do rozstrzygnięcia wszelkich wątpliwości przed wyborem oferty wykonawcy. Sposobem wyjaśnienia takich wątpliwości jest w szczególności wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Następnie Odwołujący analizował zakres przedmiotu zamówienia:

Wskazywał, że przedmiot zamówienia objęty Postępowaniem opisany jest w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ. Analiza SIWZ wskazuje, że Postępowanie dotyczy złożonego zakresu usług związanego z realizacją skomplikowanych procesów. Usługą podstawową w realizacji zadania jest pobór Opłaty za Przejazd odcinkami autostrad płatnych, tj. autostrady A2 Konin - Stryków, wnoszony przez kierowców pojazdów lekkich (Manualny System Poboru Opłat, MSPO). Czynność ta realizowana jest poprzez wykwalifikowany personel, przeszkolony do pracy z klientem, w warunkach podwyższonego ryzyka, jakim jest praca na autostradzie, tj. na drodze o dopuszczalnym, najwyższym ograniczeniu prędkości (w pasach ruchu pojazdów), od którego to personelu wymagana jest ciągła koncentracja niezbędna do zapewnienia bezpieczeństwa swojego jak i użytkowników autostrady oraz spełnienia wymaganych przez Zamawiającego wskaźników jakościowych i ilościowych. Proces ten musi być odpowiednio zaplanowany, zarządzany i poddany kontroli, do czego niezbędne jest profesjonalne zaplecze operacyjne i administracyjne, zapewniające wszelkie środki do koordynacji wszystkich zadań realizowanych w Miejscach Poboru Opłat rozłożonych na 100 kilometrowym odcinku autostrady A2. Dodatkowo, w celu zapewnienia ciągłego i skutecznego poboru opłat, konieczne jest ciągłe utrzymanie zarówno systemów IT, w tym systemów manualnego poboru opłat, za pomocą których realizowana jest usługa, jak również całej infrastruktury, w skład której, poza pasami i kioskami poboru opłat, wchodzi m.in. budynki nadzoru wraz zapleczem socjalnym, instalacjami i wyposażeniem, drogi manewrowe, parkingi dla obsługi, agregaty prądotwórcze, kanalizacje sanitarne, deszczowe i oczyszczalnie ścieków, sieci energetyczne i teletechniczne, tereny zielone. Specyfika przedmiotowych usług, nie dająca się wprost przełożyć z innych obszarów biznesowych powoduje, że do realizacji powyższych czynności oraz procesów je wspierających niezbędne jest posiadanie wykwalifikowanych kadr na każdym szczeblu organizacyjnym, co dodatkowo wpływa na poziom skomplikowania projektu.

Odwolujący zauważał, że aby oferta obejmująca realizację wskazanego w SIWZ zakresu usług była prawidłowo skalkulowana (a zatem nie nosiła znamion oferty z rażąco niską ceną), profesjonalny wykonawca powinien oczywiście (jak wynika z przytoczonego powyżej orzecznictwa) uwzględnić wszystkie wymogi i oczekiwania Zamawiającego wynikające z SIWZ, a następnie zestawzić je z realiami cenowymi na rynku.

Następnie Odwołujący omawiał zakres usług wynikających z SIWZ i wskazywał podstawowe grupy zadań i elementy związane z realizacją usług:

- koszty osobowe, w tym dotyczące: inkasentów (kasjerzy na pasach poboru opłat), kierowników zmiany i pozostałego personelu niezbędnego do realizacji zadania objętego Postępowaniem,
- koszty obsługi transakcji kartami płatniczymi i flotowymi,
- koszt ubezpieczenia,
- koszt gwarancji bankowej,
- koszty administracyjne i eksploatacyjne,
- koszty utrzymania budynków oraz pozostałej infrastruktury, a także
- koszty zakupu części i urządzeń do systemu MSPO oraz wsparcie oprogramowania.

Wymagania dotyczące tych poszczególnych elementów wskazane zostały w SIWZ i aby oferta była rynkowa, profesjonalny wykonawca musi je odpowiednio uwzględnić i skalkulować.

Odwołujący podnosił m.in., że nowe (w stosunku do poprzedniego postępowania na analogiczny przedmiot zamówienia) wymagania SIWZ, związane w szczególności z określeniem minimów na pozycji inkasentów, zaostreniem wymogów jakościowych zarówno w obszarze poboru opłaty za przejazd, jak i utrzymania systemu oraz bardzo rygorystyczne zasady zatwierdzania dokumentacji projektowej wymuszają zatrudnienie znacznie większej ilości pracowników w porównaniu do obecnie realizowanej umowy GDDKiA w zakresie poboru opłaty za przejazd, co przekłada się na poszczególne pozycje kosztowe związane z personelem.

Reasumując, Odwołujący stwierdzał, że Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania Intertoll do złożenia wyjaśnień w zakresie zawartej w ofercie ceny, naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych i uniemożliwił sobie ustalenie, czy złożona przez Intertoll oferta zabezpiecza pokrycie kosztów realizacji zamówienia i tym samym umożliwia wykonanie zamówienia.

W związku z powyższym zaniechaniem wezwania Intertoll do wyjaśnień, Zamawiający w konsekwencji naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych, wybierając ofertę z rażąco niską ceną i naraził w ten sposób interes publiczny w postaci przychodów budżetu państwa, gdyż w takiej sytuacji zamówienie może nie zostać prawidłowo wykonane, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Jednocześnie, czyn Intertoll stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji, na co - wybierając ofertę Intertoll - Zamawiający daje przyzwolenie, narażając interes publiczny na straty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Intertoll jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty złożonej przez Intertoll i następnie odrzucenie tej oferty.
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w uzasadnieniu niniejszego Odwołania oraz dowodów, jakie zostaną przedstawione na rozprawie przez Izbę;
- 4) dopuszczenie dowodu z opinii prywatnej sporządzonej przez Pana dr hab. P.M. na okoliczność rzeczywistych kosztów płacowych i pozapłacowych, jakie należy ponieść celem realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, która z uwagi na skomplikowany charakter sprawy i krótki okres czasu przewidziany dla złożenia odwołania, zostanie przedstawiona na rozprawie przed Izbą;
- 5) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów przedsiębiorstw z listy biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie na okoliczność rzeczywistych kosztów płacowych i pozapłacowych, jakie należy ponieść celem realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Intertoll Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: Przystępujący albo Intertoll).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba oddaliła wniosek o powołanie biegłego z zakresu finansów przedsiębiorstw z listy biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie na okoliczność rzeczywistych kosztów placowych i pozapłacowych, jakie należy ponieść celem realizacji zamówienia zgodnie z wymaganymi określonymi przez Zamawiającego, ponieważ stwierdziła, że do rozstrzygnięcia niniejszego odwołania nie potrzeba wiadomości specjalnych.

Izba w pierwszej kolejności rozpoznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wezwania Intertoll do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny pomimo, iż istniały uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana cena lub koszt, lub jej istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, ponieważ rozstrzygnięcie w tej kwestii ma konsekwencje dla pozostałych zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zatem, aby rozstrzygnąć zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Izba musiała stwierdzić, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym złożono odwołanie, zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby wątpliwości Zamawiającego, czy cena zaoferowana przez Przystępującego może się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla pierwszej części postępowania na kwotę 45 286 310, 30 zł. W dniu otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla pierwszej części postępowania: 55 670 000 zł brutto. Natomiast w ramach prawa opcji Zamawiający dla części pierwszej przeznaczył 330 000 zł brutto.
2. W postępowaniu złożono dwie oferty, tj. ofertę Odwołującego z ceną 77 285 481, 75 zł oraz ofertę Przystępującego z ceną 55 389 853,32 zł.
3. W dniu 6 sierpnia 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia. Odwołanie zostało w dniu 24 sierpnia 2018 r. oddalone przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem sygn. akt KIO 1566/18. Odwołujący nie złożył skargi na wyrok KIO.
4. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba dopuściła jako dowód z urzędu akta postępowania sygn. akt KIO 1566/18. Ustalono, że w postępowaniu sygn. akt KIO 1566/18 Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, dokonanie ponownego szacunku wartości przedmiotu zamówienia w oparciu o aktualnie obowiązujące ceny i z uwzględnieniem realiów rynkowych oraz zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a z ostrożności, jedynie w przypadku, gdyby zwiększenie kwoty do poziomu wynikającego z nowego, prawidłowego oszacowania wartości okazało się obiektywnie niemożliwe - unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych.
5. W dniu 10 września 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Intertoll, jako oferty najkorzystniejszej.
6. Następnie Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie.

Izba zważyła, co następuje: stwierdzenie naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (zaniechanie obowiązku wezwania do wyjaśnień), uzależnione jest od tego, czy zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wartość zamówienia Zamawiający szacuje przed wszczęciem postępowania. Przepisy uzależniają obowiązek wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny od jej stosunku do wartości zamówienia (art. 90 ust. 1a Prawa zamówień publicznych). Zatem punktem odniesienia jest wartość zamówienia. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia cena oferty Przystępującego jest zbliżona do wartości zamówienia i mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeżeli wartość zamówienia została oszacowana prawidłowo, to Zamawiający nie miał żadnych powodów, aby powziąć wątpliwości, czy cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska.

Izba w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie badała prawidłowości ustalenia wartości zamówienia - zagadnienie to było objęte odwołania sygn. akt KIO 1522/18. Ponadto Odwołujący oświadczył na posiedzeniu w toku niniejszego postępowania odwoławczego, że wartość zamówienia nie jest przedmiotem odwołania sygn. akt KIO 1886/18. Ponieważ kwestia szacowania wartości zamówienia nie mogła być badana w ramach niniejszego postępowania odwoławczego, Izba przyjęła, że wartość zamówienia została oszacowana prawidłowo. Zamawiający oświadczył, że wartość zamówienia oszacował, zwiększając dotychczasowe wynagrodzenie wykonawcy o 35%. Odwołujący natomiast argumentował, że za cenę niższą, niż wskazana przez niego, nie da się zrealizować zamówienia, a wartość zamówienia została oszacowana bez zachowania należytej staranności. Jednak Odwołujący nie próbował w żaden sposób dowodzić, że zakres przedmiotu zamówienia, w stosunku do poprzedniego zamówienia, zwiększył się więcej, niż o 35 %. Odwołujący w odwołaniu podnosił, że zakres ten się zwiększył, ale nie wskazywał, że o więcej, niż 35%. Jeżeli wartość zamówienia jest zasadniczym punktem odniesienia do badania rażąco niskiej ceny, a Izba przyjęła, że została ona oszacowana przez Zamawiającego prawidłowo - to z porównania ceny oferty Przystępującego z wartością zamówienia nie wynika, żeby Zamawiający miał podstawy do podjęcia jakichkolwiek wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego. W konsekwencji nie było podstawy do wzywania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Ponieważ skorzystanie przez Zamawiającego z trybu przeprowadzenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest uprzednie w stosunku do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę), Izba nie mogła stwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych. Skoro Izba nie dostrzegła podstaw do wyjaśnień, przewidzianych w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, tym bardziej nie było powodu do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Analogicznie nie można było stwierdzić naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji bezzasadny wybór oferty Intertoll jako najkorzystniejszej pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności przez zaoferowanie sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący:

Członkowie: