Sygn. akt: KIO 2181/13

WYROK

z dnia 27 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 września 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Molewski Sp. z o.o. z siedzibą w Chodeczy, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „HYDROBUD" Sp. z o.o. z siedzibą Kamienicy, HYDROWAT Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, Wiesław Tarczyński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KANWOD" Wiesław Tarczyński**, w postępowaniu prowadzonym przez **AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Molewski Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „HYDROBUD" Sp. z o.o., HYDROWAT Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych Sp. z o.o., Wiesław Tarczyński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KANWOD" Wiesław Tarczyński** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący: …….

Sygn. akt: KIO 2181/13

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – AQUANET S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kontrakt 15 - Aglomeracja Mosina-Puszczykowo: budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami w miejscowości Krosinko w ramach Projektu pod nazwą „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej dla ochrony zasobów wodnych w Poznaniu i okolicach - Etap I.*

W dniu 9 września 2013 r. Konsorcjum: Molewski Sp. z o.o., P.W. Hydrobud Sp. z o.o., Hydrowat PRBiM Sp. z o.o., KANWOD Wiesław Tarczyński wniosło odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Usługowe GAZOPOL Ltd. Sp. z o.o. (dalej: GAZOPOL), zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4, a w konsekwencji art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 30 sierpnia 2013 r. został zawiadomiony o wyborze przez Zamawiającego oferty spółki GAZOPOL jako oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z informacji przekazanej przez Zamawiającego, cena zaoferowana przez tego wykonawcę wynosi 12.156.090,00 zł. Cena kolejnej oferty, która została odrzucona przez Zamawiającego, wynosi 14.215.422,00 zł, a cena oferty Odwołującego 14.723.100,00 zł. Zgodnie z treścią SIWZ, jedynym kryterium uznania oferty za najkorzystniejszą była cena.

Zdaniem Odwołującego, oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak norma ta nie pozostaje pusta, a Zamawiający nie jest zwolniony z obowiązku oceny złożonych mu ofert z punktu widzenia tego, czy ich cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązek taki wynika zarówno wprost z przepisu art. 90 ust. 1, jak i z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że opierając się na wykładni językowej pojęcia rażąco niskiej ceny, należy przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę, a przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy.

W ocenie Odwołującego istnieją uzasadnione wątpliwości, iż oferta GAZOPOL zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący podkreślił, że kosztorys inwestorski Zamawiającego wykazuje, iż koszt wykonania zamówienia publicznego wynosi 15.742.727,30 złotych netto, tj. 19,363.554,58 złotych brutto. Powyższe oznacza, że wartość zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego znacząco przewyższa cenę wybranej oferty (która wynosi 12.156.090,00 zł). Tak duża różnica cen (w sytuacji gdy Zamawiający najlepiej zna swoje potrzeby, zakres zamówienia publicznego i potencjalne koszty jego wykonania) wskazuje - zdaniem Odwołującego - że realizacja zamówienia przez wybranego wykonawcę za oferowaną przez niego cenę jest nierealna.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący podniósł, że jako podstawowe kryterium badania rażąco niskiej ceny uznawane jest porównanie ceny danej oferty z ustaloną przez zamawiającego wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku od towarów i usług. Innym istotnym kryterium wskazywane jest zestawienie ceny badanej oferty z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, również porównanie wysokości ceny oferty wybranej jako najkorzystniejszej, z cenami pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty, wskazuje na dużą rozbieżność cenową. Przy takiej rozbieżności wysokości cen (w porównaniu do wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego oraz do ofert pozostałych wykonawców), Zamawiający zobowiązany był do podjęcia działań wyjaśniających określonych przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności poprzez zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, w celu ustalenia, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej oceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa Izby, sam fakt odbiegania ceny od szacunków zamawiającego nie może świadczyć jeszcze o fakcie złożenia oferty z rażąco niską ceną, ale może być podstawą do zwrócenia się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zaniechanie podjęcia takich czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy mające bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podkreślił, że treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp określa obowiązek Zamawiającego, powstający w momencie, gdy zachodzi podejrzenie, iż dany wykonawca dokonał rażącego zaniżenia ceny. W przypadku przypuszczenia co do zaoferowania rażąco niskiej ceny, zwrócenie się do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień stanowi nie uprawnienie, lecz obowiązek Zamawiającego (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej). Obowiązek ten podyktowany jest koniecznością dbałości przez Zamawiającego o należyte wykonanie zamówienia publicznego, a przyjęcie oferty

wykonawcy bez sprawdzenia realności zaoferowanej ceny, może mieć negatywne skutki na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że zaoferowanie ceny, która spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest przykładem czynu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie, oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, nad których przestrzeganiem zobowiązany jest Zamawiający stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, artykuł 90 ust. 1-3 ustawy Pzp został wprowadzony nie tylko w celu ochrony zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także, czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w sposób uprzywilejowany potraktował wykonawcę GAZOPOL, nie wzywając go do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, mimo że istniały ku temu podstawy. Wskutek zaniechań oraz działań Zamawiającego, w niniejszym postępowaniu nie została wybrana oferta Odwołującego, pomimo prawidłowego skalkulowania jej ceny.

Konkludując, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Oferta ta zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona. Brak działań ze strony Zamawiającego w zakresie przewidzianym przepisami prawa nie pozwala na obalenie tego domniemania. Zaistniała wobec powyższego sytuacja faktycznego wyboru oferty, która nie pozostaje najkorzystniejsza w rozumieniu ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności wezwania wykonawcy GAZOPOL do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ceny, odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 4 SIWZ (*Opis przedmiotu zamówienia*) przedmiot zamówienia obejmuje budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej w miejscowości Krosinko:

- Kanalizacja sanitarna grawitacyjna o średnicy ∅ 200 ÷ ∅ 300 o długości ok. 4.000 m
- Kanalizacja sanitarna tłoczna o średnicy ∅ 110 ÷ ∅ 180 o długości ok. 1.510 m
- Przepompownie ścieków 3 szt.: PN, PO, PP,
- Kanalizacja deszczowa o średnicy ∅ 200 ÷ ∅ 500 o długości ok. 2.250 m
- Przyłącza kanalizacji sanitarnej i deszczowej o średnicy ∅ 160 ok. 200 szt.
- Infrastruktura towarzysząca.

Roboty będące przedmiotem zamówienia będą wykonywane zgodnie z *Warunkami kontraktowymi dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego* (FIDIC).

W punkcie 21 SIWZ (*Opis sposobu obliczenia ceny*) Zamawiający postanowił, że cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji zamówienia. Wykonawca musi wycenić wszystkie składniki przedmiaru robót. Nie będą dokonywane jakiekolwiek odrębne płatności za pozycje, których cena nie została podana w wycenionym przedmiarze robót. Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji przedmiaru.

Jako jedyne kryterium oceny ofert ustanowione zostało kryterium ceny (pkt 22 SIWZ).

Wartość szacunkowa ustalona została przez Zamawiającego w dniu 28 marca 2013 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 15.742.727,30 zł (bez zamówień uzupełniających). Wartość ta, powiększona o podatek VAT wyniosła 19,363.554,58 zł, co jest równe kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- oferta wykonawcy GAZOPOL z ceną 12.156.090,00 zł,
- oferta Konsorcjum PHU LITZ Sp. z o.o., PHU Robót Instalacyjno-Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz, Aquanet Krzesinki Sp. z o.o. z ceną 14.215.422,00 zł (oferta odrzucona),
- oferta Odwołującego z ceną 14.723.100,00 zł.

W dniu 30 sierpnia 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, wskazując, że jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez

wykonawcę GAZOPOL. Wybór oferty nie został poprzedzony przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Obowiązek skorzystania z tej procedury aktualizuje się w sytuacji, gdy Zamawiający, po zapoznaniu się z cenami ofert złożonych w postępowaniu, ma podstawy powziąć podejrzenie, że cena oferty może być rażąco niska.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie jest w ustawie Pzp zdefiniowane i stanowi ono pojęcie subiektywne, które każdorazowo należy odnieść do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji rynkowej, którą obrazują ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Ustawa nie określa również żadnego poziomu, poniżej którego cenę należy potraktować jako rażąco niską.

W orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (m.in. postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Stanowisko o niedopuszczalności automatycznego przyjmowania, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco

niską, jest ugruntowane w orzecznictwie (tak m.in. orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - Fratelli Constanzo). Pogląd przeciwny kłóciłby się z logiką i celem postępowań przetargowych, które mają prowadzić - w warunkach konkurencji - do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że sam fakt, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania podejrzenia rażąco niskiej ceny za uzasadnione. Brak jest podstawy do nałożenia na Zamawiajacego obowiązku przeprowadzania procedury wyjaśnień na okoliczność wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do każdej oferty z najniższą ceną. Ponadto, w świetle obowiązujących przepisów, obowiązek taki nie zachodzi każdorazowo w przypadku z góry określonej relacji arytmetycznej między ceną oferty a wartością zamówienia, czy cenami innych ofert, ale uwarunkowany jest wystąpieniem - w konkretnych okolicznościach - podejrzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że analiza cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu nie uzasadniała wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego na poparcie podniesionych w odwołaniu zarzutów skoncentrowana była na arytmetycznym porównaniu ceny najkorzystniejszej oferty z wartością szacunkową zamówienia oraz z cenami pozostałych ofert. W tym zakresie Izba ustaliła, że cena oferty złożonej przez GAZOPOL jest o przeszło 37% niższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT (oraz od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), fakt ten jednak sam w sobie nie stanowi wystarczającej przesłanki obligującej Zamawiającego od żądania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zwłaszcza że ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu również istotnie od tej wartości odbiegają.

Odnosząc się do kwestii relacji ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia, podzielić należy pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1007/13, 1021/13, 1050/13, 1054/13, w którym Izba stwierdziła, że *po pierwsze, podkreślenia wymaga, że samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia (…), nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert dwóch wskazywanych wykonawców, w tym wezwać ich na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach*

konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego – ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę, jest - z perspektywy wykonawcy - konkurowanie ceną. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców.

Należy więc stwierdzić, że składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez Zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny.

Z kolei z porównania ceny oferty najkorzystniejszej z cenami pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (które dają pewien obraz sytuacji rynkowej) wynika, że cena zaoferowana przez GAZOPOL nie odbiega rażąco *in minus* od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Cena ta jest 14,5% niższa od kolejnej oferty oraz 17,4% niższa od oferty Odwołującego, przy czym - jak słusznie zauważył podczas rozprawy Zamawiający - w zdecydowanej większości pozycji kosztorysowych ceny te ukształtowane są na bardzo zbliżonym poziomie, a różnica między ceną oferty wykonawcy GAZOPOL, a ceną zaoferowaną przez Odwołującego, wynika przede wszystkim z faktu wielokrotnie wyższej wyceny przez Odwołującego pozycji kosztorysowych dotyczących urządzenia i likwidacji zaplecza budowy (wycena tych pozycji kilkakrotnie przekracza wartości z kosztorysu inwestorskiego).

W ocenie Izby przedstawione powyżej różnice między cenami ofert należy uznać za naturalny rezultat konkurowania wykonawców. W okolicznościach niniejszej sprawy nie można czynić Zamawiającemu zarzutu z faktu niewezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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: …….