



Jelenia Góra, dn. 10 kwietnia 2012 r.

Wg Rozdzielnika

Dotyczy: Postępowania o udzielenia zamówienia publicznego na zadanie: „Wykaszenie miejskich terenów niezainwestowanych i likwidacja dzikich wysypisk w Jeleniej Górze w 2012 – 2013 r.

Zamawiający Miasto Jelenia Góra informuje, że w dniu 04 kwietnia 2012 roku wpłynęło „Zawiadomienie o niezgodnej z przepisami prawa zamówień publicznych czynności zamawiającego” następującej treści:

„W imieniu Zawiadamiającego, w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (w załączeniu), działając na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwracamy uwagę, że w dniu 2 kwietnia 2012 r. (doręczone w dniu 04.04.2012 r.). Zamawiający dokonał niezgodnej z przepisami ustawy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Wykaszenie miejskich terenów niezainwestowanych i likwidacja dzikich wysypisk w Jeleniej Górze w 2012 – 2013 r.”, znak: GK.KT/1/12012 prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, polegającej na bezpodstawnym odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Zawiadamiającego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z tego powodu, iż oferta zawiera rażąco niskie ceny.

Podstawę prawną wniesienia niniejszego zawiadomienia stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ustęp 1 pkt 4 w zw. Z art. 2 pkt 5, art. 90 w związku z naruszeniem przepisu art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych.

Podstawę prawną stanowią zarzuty polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych oraz niewypełnieniu obowiązku nałożonego prawem, tj. dokonania z należytą starannością czynności i oceny oferty Zawiadamiającego stosując się odpowiednio do obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Takie działanie w rezultacie doprowadziło do:

- - wyeliminowania Zawiadamiającego przez Zamawiającego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez odrzucenie jego oferty,

- - niezgodnego z obowiązującym stanem prawnym dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, naruszając tym samym przepis art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 2 i 3 w związku z przepisem art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Dokonując wyboru z naruszeniem, definicji oferty najkorzystniejszej zawartej w art. 2 pkt 5 w/w ustawy – w wyniku wadliwej oceny oferty Zawiadającego – najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu – Zamawiający naruszył:

1. art. 7 ust 1 i 3 ustawy poprzez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
2. art. 89 ustęp 1 pkt 4 w zw. Z art. 2 pkt 5 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nieuzasadnionego przyjęcia iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
3. art. 90 ust. 2 i 3 w związku z przepisem art. 91 ustawy poprzez błędną ocenę złożonych wyjaśnień i uznanie, iż oferta zawiadającego zawiera rażąco niską cenę.

W związku z powyższym Zawiadający wnosi o:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - b) ponownego dokonania czynności ofert,
 - c) uwzględnienie oferty Zawiadającego wobec braku wskazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- dokonanie wyboru oferty Zawiadającego jako najkorzystniejszej.

O podjęciu przez Zamawiającego czynności niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych dowiedzieliśmy się w dniu 03.04.2012 r.

Naruszenie przez Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne podstawowych zasad prawa, a zwłaszcza w/w przepisów prawa ustawy pzp, narusza prawa Zawiadającego ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego, wskutek czego doznał on uszczerbku interesu prawnego, za jaki uznaje się niemożność uzyskania przez Zawiadającego prawa do zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

W przedmiotowym postępowaniu – w ocenie Zawiadamiającego – Zamawiający dokonał wadliwej oceny oferty tego pierwszego podejmując decyzję o jej odrzuceniu na podstawie ustalenia, że oferta zawiera rażąco niskie ceny.

Wskazać należy, iż ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, podobnie zresztą jak przepisy dyrektyw Unii Europejskiej oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Z tego też względu takiej definicji należy poszukiwać w doktrynie oraz orzecznictwie. I tak z opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (WWW.uzp.gov.pl), wynika, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Podstawą do uzyskiwania wyjaśnień, czy cena oferty nie jest rażąco niska może być duża różnica pomiędzy tą ceną a wartością zamówienia określoną przez zamawiającego lub znacząca różnica pomiędzy tą ceną a średnią ceną grupy ofert złożonych w postępowaniu. Opinia ta stanowi jedynie wskazówkę dla zamawiającego, gdyż nie istnieją stałe wartości, określające poziom różnicy, który pozwala na stwierdzenie, czy istnieje podejrzenie rażąco niskiej ceny. Co więcej niedopuszczalne jest, aby cenę uznać za rażąco niską kierując się tylko i wyłącznie różnicą pomiędzy jej wysokością a wysokością średniej ceny wszystkich złożonych ofert lub kwotą szacunkowej wartości zamówienia, na co wskazuje orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zarzucił Zawiadamiającego rażąco niską cenę, po uprzednim wezwaniu go do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji cenowej mających wpływ na wartość końcową złożonej w trybie przetargu nieograniczonego oferty wykonania przedmiotu zamówienia publicznego „Wykaszenie miejskich terenów niezainwestowanych i likwidacja dzikich wysypisk w Jeleniej Górze w latach 2012-2013 r.”: gdyż uznał wyjaśnienia za niewystarczające dla uznania, iż poszczególne składniki ceny nie są rażąco niskie. Zdaniem Zawiadamiającego takie

stanowisko orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych. W uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1.12.2011 r. sygn. akt KIO 2495/11 izba stoi na stanowisku, że wskazane nawet ceny zero złotych nie może być utożsamiane z niezaoferowaniem wykonania elementu przedmiotu zamówienia. tym samym zaofierowane ceny w kwocie 1 grosza nie mogą zostać uznane za rażąco niskie w oparciu o łączną cenę za zamówienie wskazuje godziwy zysk dla Zawiadającego, a ceny podane w ofercie są cenami realnymi, opartymi na realnej kalkulacji cen i kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia co wykazał on szczegółowo w złożonych na żądanie Zamawiającego wyjaśnieniach.

Zatem Zawiadający może uznać, że wynagrodzenie za cały przedmiot zamówienia, które uważa za wyszacowane z należytą starannością nie wymaga domagania się wynagrodzenia lub wymaga niskiej ceny za jeden lub więcej elementów zakresu robót, które składają się na ten przedmiot zamówienia. Z SIWZ do niniejszego postępowania wynika, iż Zamawiający oczekiwał wycenienia każdej pozycji prac i wycenia ta miała charakter hipotetyczny tj. nie odnosiła się do rzeczywistej ilości poszczególnych pozycji tj. wycinanych drzew, krzewów, samosiejek, usuwania wiatrołomów drzew oraz prowadzenia cięć sanitarno – pielęgnacyjnych w koronach drzew, z podziałem na średnice poszczególnych elementów. w treści SIWZ (pkt. G ust. 2) Zamawiający wprowadził pewne założenia wyłącznie na potrzeby kalkulacji ceny. Zatem zamawiający nie oczekiwał podania mu rzeczywistej wartości usług, jakie wykonawcy w przyszłości zrealizują na rzecz wykonawców, a założył jedynie pewną fikcję na potrzeby porównania ofert w ramach przedmiotowego postępowania. Niewątpliwie opracowanie przez zamawiającego treści SIWZ było jednocześnie określeniem przez niego sposobu obliczenia ceny na potrzeby niniejszego postępowania, gdzie na ceny jednostkowe posłużyły do obliczenia punktów za całość zamówienia. Przy czym liczba punktów uzyskanych w wyniku tego obliczenia stanowiła podstawę wyboru oferty. Podkreślić należy, iż ustawodawca zdefiniował jedynie pojęcie ceny i odniósł je do ceny za przedmiot zamówienia obliczonej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i opisem sposobu obliczenia ceny. Zaofierowanie przez Zawiadającego cen jednostkowych na poziomie grosza nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, gdyż nie skutkuje jednocześnie zaniżeniem kompleksowo obliczonej ceny, a z wymagań SIWZ nie wynika obowiązek podania dla każdej pozycji wycenianych wynagrodzenia o wartości większej niż 1 grosz.

Ponadto zwrócić należy wagę na to, iż podważanie przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie poszczególnych pozycji cen jednostkowych jest bezpodstawne, ponieważ

poszczególne ceny jednostkowe nie są dowodem, że oferta stanowi ofertę z rażąco niską ceną. „Punktem odniesienia zatem dla ceny oferty jest przedmiot zamówienia, a więc przedmiotem analizy może być wyłącznie cena zaoferowana za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jego poszczególnych części” (orzeczenie KIO/UZP 1055/10 oraz orzeczenie KIO nr 62/11 z dnia 27.01.2011 KIO 2492/11).

Podobne stanowiska zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w następujących orzeczeniach:

1. orzeczenie KIO 53/11 – wyrok z dnia 20 stycznia 2011 roku „Przechodząc do zarzutu wystąpienia ceny rażąco niskiej, o której mowa w art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, wskazać należy, iż zgodnie z ustaloną i powszechnie akceptowaną linią orzeczniczą w przypadku ceny ryczałtowej obejmującej całość przedmiotu zamówienia jej rażąco niesie charakter należy oceniać i ustalać w odniesieniu do całości ceny, a nie jej poszczególnych fragmentów. Zaniżona czy nierzetelna wycena poszczególnych części oferty nie przesądza, że cała cena ofertowa jest rażąco niska”
2. orzeczenie KIO 2745/10 – KIO 2762/10 – wyrok z dnia 7 stycznia 2011 r. wskazuje : „Oceniając tylko wybrane pozycje kosztorysu ofertowego, zamawiający nie był uprawniony do dorzucenia oferty odwołującego, bowiem art.89 ust.1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia , nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Czynność polegająca na uznaniu, że oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę i odrzucenie jej nie znajdowało oparcia w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Oceniając zatem tylko część oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem również w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty.
3. SO w Częstochowie w wyroku z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05) „Choćby nawet sama cena części oferty mogłaby być uznana za rażąco niską to żadna miarą w przyjętym kryterium wagowym, nie czyniła ceny całej oferty rażąco niską. Nie zachodziły zatem przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZp”
4. SO w Poznaniu w wyroku z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08 „Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. I pkt. 4 Pzp obejmując każdorazowo badanie, czy jest ona realna”
5. orzeczenie sygn. akt: KIO/UZP 168/09, KIO/UZP 189/09 „Izba podtrzymuje za orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1055/08), że

przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu nie zaś tylko do niektórych tylko pozycji.

6. wyrok z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08 „W konsekwencji Izba stwierdza , że w pełni podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecznictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy – składniki (podobnie wyrok KIO z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: Kio/UZP 878/09 oraz wyrok KIO z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1049/09, sygn. akt: KIO/UZP 1050, sygn. akt: KIO/UZP 1051/09, sygn. akt: KIO/UZP 1052/09.

Jednocześnie nadmieniam, iż Zamówieniu na zadanie Wycinka drzew na miejskich terenach niezainwestowanych na terenie Miasta Jelenia Góra, nr GK.6131.2.2011 wybrano dnia 10.11.2011 ofertę Wykonawcy – Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., który wskazał ceny jednostkowe na poziomie zbliżonym do podanych przez Zawiadającego Przedsiębiorstwa Gospodarki komunalnej sp. z o.o., który wskazał ceny jednostkowe na poziomie zbliżonym do podanych przez Zamawiającego.

Dodatkowo nadmieniam, iż działania Zamawiającego podjęte w niniejszym postępowaniu, mogą rodzić dla jego pracowników skutki określone w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2005.14.114 ze zm)

W tym stanie rzeczy, w naszej ocenie zachodzą przesłanki do powtórzenia czynności badania ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art.181. ust. 2 Pzp.”

Na podstawie art. 185 pkt. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Prezydent Miasta

Jeleniej Góry

(-)

Marcin Zawita

Rozdzielnik:

- 1. Firma Handlowo Usługowa ULMUS Sławomir Buczek, Barcinek 43/2, 58-512 Stara Kamienica*
- 2. Usługi Leśne i Pielęgnacja zieleni SYLWESTER WINIARSKI, pl. Bohaterów Nysy 32/1, 59-610 Wleń*
- 3. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. ul. Wolności 161/163, 58-560 Jelenia Góra*
- 4. „ZINPRO” - Szymon Ziń, ul. Sobieskiego 82/1, 58-560 Jelenia Góra*
- 5. A/a - WGKiOS*