

Sygn. akt: KIO 2266/13

**WYROK**  
z dnia 9 października 2013

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2013 r. przez wykonawcę **BRAMAR M. Raczyński, R. Raczyński Sp. J., 26 - 600 Radom, ul. Królowej Jadwigi 1** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4213, 50 - 984 Wrocław, ul. Obornicka 100/102**

przy udziale wykonawcy **Marcina Skoczeń, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Firma Ogólno-Budowlana Marcin Skoczeń, 53 - 307 Wrocław, ul. Kamienna 29/31** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

**2. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową 4213, 50 - 984 Wrocław, ul. Obornicka 100/102, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BRAMAR M. Raczyński, R. Raczyński Sp. J., 26 - 600 Radom, ul. Królowej Jadwigi 1** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Jednostki Wojskowej 4213, 50 - 984 Wrocław, ul. Obornicka 100/102**, na rzecz wykonawcy **BRAMAR M. Raczyński, R. Raczyński Sp. J., 26 - 600 Radom, ul. Królowej Jadwigi 1** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 4213 we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wymiana bram garażowych, naświetli i okien w budynku nr 20 w kompleksie wojskowym 2837 przy ul. Granicznej 13 we Wrocławiu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 304624. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp. W dniu 16 września 2013 roku odwołujący - Jacek Wojtaś, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „SOLARPROFI” P.H.U. Jacek Wojtaś, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej i z powołaniem na art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający zarzucił odwołującemu, że jego wyjaśnienia nie obejmują wyceny czynników związanych z transportem sprzętu, noclegami pracowników, wynagrodzeniem, jak też kalkulacja robocza przedstawiona przez odwołującego opiera się na elementach niezgodnych z siwz tj. przyjmowaniu do wyceny bram w kolorze białym podczas, gdy zamawiający wymaga koloru RAL 7024, który zdaniem zamawiającego znacznie przewyższa koszt wykonania gotowej bramy. Odwołujący podniósł, że nieuprawnione i niezrozumiałe są zarzuty dotyczące nie wskazania czynników związanych z transportem sprzętu, noclegami pracowników, wynagrodzeniem, skoro w drukach kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do formularza ofertowego takich pozycji zamawiający nieprzewidywał, zaś w wezwaniu do wyjaśnień nie wskazał wyraźnie, że również o te elementy cenotwórcze zamawiającemu chodzi. Niezależnie od powyższego należy nadto stwierdzić, że taki zarzut jest bezpodstawny, bowiem oczywiste jest, że każda pozycja kosztorysowa zamówienia zawiera w sobie składniki związane z transportem, czy też wynagrodzeniem. Odwołujący wskazał, że na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 5 września 2013 roku złożył wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia, załączając jednocześnie kopie faktur zakupu bram tożsamyh z bramami będącymi przedmiotem zamówienia. Odwołujący potwierdził, że jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę a stosowane przez niego ceny dla bram w kolorze białym jak i kolorze RAL nie różnią się zasadniczo, co zarzucał zamawiający. Wskazał także zamawiający odrzucił z uwagi na rażąco niską cenę dwie inne oferty, które oferowały ceny zbliżone do oferty odwołującego i dokonał wyboru oferty najdroższej, które była zbliżona do wartości szacunkowej zamówienia. Działanie takie, zdaniem odwołującego, jest nieracjonalne i nieuzasadnione, naraża zamawiającego na szkodę znacznych rozmiarów, bowiem zamierza on realizować zamówienie wg „własnej” wygórowanej wyceny.

Odwołujący wniósł o: uchylenie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, co skutkuje jednocześnie wykluczeniem odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, powtórzenie weryfikacji złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a biorąc pod uwagę złożoną przez odwołującego ofertę i niniejsze wyjaśnienia, wniósł o dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w oparciu o kosztorys inwestorski na kwotę 403 026,29 zł. Na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 495 722,34 zł. W postępowaniu wpłynęło pięć ofert z następującymi cenami:

1. Bramar M. Raczyński, R. Raczyński Sp.j. - 280 941,89 zł,
2. P.P.U.H. Instar Grzegorz Krowiński - 294 546,72 zł,
3. Marcin Skoczeń Firma Ogólno - Budowlana - 480 330,55 zł,
4. Dyvis Sp. z o.o. - 495 681,87 zł,
5. Ekomax Kot Mariusz - 179 131, 42 zł.

Zamawiający - w celu ustalenia czy oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia - zwrócił się do wykonawców: Ekomax Kot Mariusz, P.P.U.H. Instar Grzegorz Krowiński oraz Bramar M. Raczyński, R. Raczyński Sp.j. o wyjaśnienie elementów, mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na pismo, w dniu 6 września 2013 roku odwołujący poinformował, że kalkulacja dotycząca przedmiotu zamówienia została wykonana prawidłowo i wyroby odpowiadają w pełni wymaganiom siwz. Wskazał także, że „20 letnie doświadczenie firmy BRAMAR w wykonywaniu remontów polegających na wymianie przemysłowych bram garażowych oraz własny park maszyn i urządzeń pozwala znacząco zmniejszyć koszty wykonywania robót.” Jako potwierdzenie prawidłowości wykonanej kalkulacji odwołujący załączył kalkulacje własne uwzględniające wszystkie koszty oraz zysk, ofertę producenta bram, fakturę zakupu bram podobnych.

W dniu 16 września 2013 roku, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poinformował o odrzuceniu ofert wyżej wymienionych wykonawców. W odniesieniu do oferty odwołującego wskazał, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w dniu 6 września 2013 roku, nie obejmują wyceny czynników związanych z wykonaniem zamówienia tj. transportem sprzętu, noclegami pracowników, wynagrodzeniem. Kalkulacja robocza wykonawcy opiera się na elementach niezgodnych z siwz tj. przyjmowaniu do wyceny bram w kolorze białym, podczas gdy zamawiający wymaga koloru RAL 7024, który znacznie podwyższa koszt wykonania gotowej bramy. Zadaniem zamawiającego wykonawca nie udowodnił, że możliwe

jest wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z siwz za cenę przedstawioną w formularzu ofertowym.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalne do rozpoznania odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę, w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Na wstępie przywołać należy stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07, że: „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”. Wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia: „cena rażąco niska”, dla jej stwierdzenia koniecznym jest przede wszystkim porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych danych usług, produktów, objętych przedmiotem zamówienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym, porównanie cen ofert wykonawców: Ekomax Kot Mariusz, P.P.U.H. Instar Grzegorz Krowiński oraz Bramar M. Raczyński, R. Raczyński Sp.j. z wartością szacunkową zamówienia oraz cenami pozostałych ofert, skłoniło zamawiającego, do niewątpliwie słusznej decyzji o wszczęciu procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, udzielone przez odwołującego wyjaśnienia z dnia 6 września 2013 roku, skutecznie obalają domniemanie istnienia w ofercie ceny rażąco niskiej. Odwołujący załączył szczegółową kalkulację kosztów wymiany bram garażowych, naświetli i okien w budynku nr 20 w Kompleksie Wojskowym 2837 przy ul. Granicznej we Wrocławiu, przedstawił także faktury od producenta bram na bramy podobne, do będących przedmiotem zamówienia. Potwierdzeniem możliwości uzyskania korzystnych cen na bramy garażowe, będące przedmiotem zamówienia jest także złożona w toku rozprawy przez odwołującego korespondencja e- mail, w której producent deklaruje korzystne ceny bez względu na kolor zamówionych bram. W świetle powyższego niezasadnym jest argumentacja zamawiającego,

że kalkulacja przedstawiona przez odwołującego opiera się na elementach niezgodnych z siwz tj. przyjmowaniu bram w kolorze białym, podczas gdy zamawiający wymaga koloru RAL 7024, który znacznie podwyższa koszt wykonania gotowej bramy. Odwołujący wyjaśnił także w toku rozprawy, że przedstawiona przez niego kalkulacja obejmuje transport bram, a koszty związane z noclegami pracowników i ich wynagrodzeniem zostały ujęte w pozostałych pozycjach kalkulacji cenowej. Niezależnie od powyższego, podkreślić należy, że argumentacja przedstawiona przez zamawiającego dotycząca zaoferowania bram w innym niż wymagany kolorze czy braku wyceny wszystkich elementów związanych z wykonaniem zamówienia zmierzała raczej do wykazania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz, a nie odnosiła się do kwestii, będącej podstawą odrzucenia oferty odwołującego tj. rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował rzetelności kalkulacji przedstawionej przez odwołującego i realności ujętych w niej cen. Podniesione przez zamawiającego w toku rozprawy argumenty dotyczące zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi przez konserwatora zabytków dotyczące konieczności pozostawienia 9 bram „w stanie w pełni zgodnym z historycznym” oraz sporządzenia „dokumentacji renowacji istniejących bram i naświetli, lub wymiany w części/całości na nowe takie same (wykonanie kopii, w przypadku znacznego zużycia elementów)”, nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym, gdyż nie były one podstawą odrzucenia oferty odwołującego, co powoduje, że odwołujący nie mógł się do nich odnieść w toku rozprawy. Wskazać należy na treść przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który wyznacza granice rozpoznania odwołania przez Izbę i zakazuje rozpoznania zarzutów, które nie były zawarte w treści odwołania.

Podsumowując wskazać także należy, że w sytuacji gdy zamawiający negatywnie ocenia złożone przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie (zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu art.6 k.c w związku z art. 14 Pzp), że wyjaśnienia odwołującego są niewystarczające i nie potwierdzają realności oferowanych cen. Tymczasem, jak wskazano wyżej argumentacja zamawiającego zmierzała raczej do wykazania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz, a zarzut ten nie była podstawą odrzucenia oferty odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....