

Sygn. akt: KIO 373/14

**WYROK**  
**z dnia 11 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2014 r. przez wykonawcę **WECTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Radzymińska 183, 03-576 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Kobyłka, ul. Wołomińska 1, 05-230 Kobyłka**

przy udziale wykonawcy **BUD – INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 373/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę WECTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Radzymińska 183, 03-576 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WECTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Radzymińska 183, 03-576 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Warszawa - Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Miasto Kobyłka, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad realizacją zadania Budowa hali sportowej z częścią dydaktyczną przy Zespole Szkół Publicznych nr 3 przy ul. ks. Marcina Załuskiego 57 w Kobyłce”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 grudnia 2013 r., poz. 262381.

W dniu 20 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający, pocztą elektroniczną, poinformował wykonawcę WECTOR, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 25 lutego 2014 r. (pismem z dnia 24 lutego 2014 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 25 lutego 2014 r.), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
2. zasady równego traktowania oferentów poprzez przeprowadzenie konsultacji w zakresie ceny tylko z dwoma oferentami, tj. POWIERNICTWO KORDEK Biuro Obsługi Budownictwa S..... K..... oraz PRACOWNIA PROJEKTOWA mgr inż. J..... S.....

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako oferty z najkorzystniejszą ceną
2. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy BUD-INVEST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą BUD-INVEST”, jako najkorzystniejszej
3. ewentualnie unieważnienie przetargu i nakazanie jego powtórzenia w całości.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł m.in. cena ofertowa podana przez odwołującego została skalkulowana w sposób rzetelny, w oparciu o wieloletnie doświadczenie odwołującego oraz stawki rynkowe. Zatem cena podana przez odwołującego nie była rażąco niska, zatem odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Na zapytanie zamawiającego odwołujący udzielił wyjaśnień. Natomiast jak wynika z pisma zamawiającego, odrzucenie

oferty odwołującego nastąpiło z powodu tego, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego zostały uznane za niewystarczające. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie uzasadnia takiego postępowania zamawiającego. Odrzucenie oferty w przypadku składania wyjaśnień może nastąpić tylko wtedy, gdy wyjaśnień nie złożono lub wówczas, gdy w wyniku ich złożenia, zamawiający usunął wątpliwości co do zakwalifikowania ceny zawartej w ofercie jako rażąco niskiej. Jeżeli zamawiający uznał, że wyjaśnienia są niewystarczające powinien zwrócić się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień.

Odnośnie zarzutu naruszenia zasady równego traktowania oferentów odwołujący podniósł m.in., iż z zasady równego traktowania oferentów wynika, że wszyscy wykonawcy muszą mieć zapewniony jednakowy, równoczesny dostęp do tych samych informacji o zamówieniu. Tymczasem zamawiający w piśmie zawierającym wynik przetargu wskazuje, że z wybranymi wykonawcami prowadził bliżej nieokreślone konsultacje dotyczące ceny zawartej w ofercie. Przy czym konsultacje te odbywały się bez podstawy prawnej, w trybie niejawnym i niedostępnym dla odwołującego, z pominięciem odwołującego. Zamawiający zgodnie z zasadą równego traktowania oferentów - miał obowiązek przekazywać jakiegokolwiek wyjaśnienia wszystkim wykonawcom, a nie tylko tym, z którymi prowadził konsultacje.

W dniu 26 lutego 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (wykonawca BUD-INVEST) otrzymał wezwanie w tej samej dacie).

W dniu 28 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca BUD-INVEST przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 5 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca J..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą POWIERNICTWO KORDEK Biuro Obsługi Budownictwa S..... K..... oraz PRACOWNIA PROJEKTOWA mgr inż. J..... S..... przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Izba ustaliła, na podstawie akt sprawy, iż zamawiający informację o wniesionym odwołaniu wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 26 lutego 2014 r. (powyższe potwierdził także zamawiający w toku posiedzenia). Tym samym termin przewidziany na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał w dniu 1 marca 2014 r. Wobec faktu, iż wykonawca J..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą POWIERNICTWO KORDEK Biuro Obsługi Budownictwa S..... K..... oraz PRACOWNIA PROJEKTOWA mgr inż. J..... S..... doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 5 marca 2014 r., Izba uznała, iż nie dochował on przewidzianego prawem terminu, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z Protokołu postępowania (Druk ZP-PN – pkt 1), szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 4 grudnia 2013 r. na kwotę 365 853,65 zł, co stanowi równowartość 91 017,43 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 300 000,00 zł brutto (Druk ZP-PN –pkt 8).

W postępowaniu złożono pięć ofert, tj. oferta nr 1 złożona przez wykonawcę MBJ Corporation Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 254 610,00 zł; oferta nr 2 złożona przez wykonawcę POWIERNICTWO KORDEK Biuro Obsługi Budownictwa S..... K....., Biuro terenowe nr 1 Tczew na kwotę 97 170,00 zł; oferta nr 3 złożona przez wykonawcę WECTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 135 300,00 zł; oferta nr 4

złożona przez wykonawcę PRACOWNIA PROJEKTOWA – mgr Inż. J..... S..... z siedzibą w miejscowości Nowe Iganie na kwotę 53 628,00 zł oraz oferta nr 5 złożona przez wykonawcę BUD-INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 237 000,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 3 lutego 2014 r. wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień czy cena oferty nie jest rażąco niską, żądając przy tym przesłania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wskazując, iż „zgodnie z zapisami ustawy należy przedstawić obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Jednocześnie podał, iż „wskazane jest, aby wykazali Państwo koszty osobowe, koszty codziennego wizytowania (ust. 8 pkt 22 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia), koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na minimum 1 000 000,00 zł (zwłaszcza ubezpieczenia kontraktowego) – ust. 13, sprawdzenia kosztorysów (ust. 8 pkt 1, 8, 29, 33), zwoływania narad (ust. 8 pkt 17), rzetelnego odbierania robót, prowadzenia i uczestnictwa w odbiorach (w tym w odbiorze pogwarancyjnym oraz w odbiorze zwalniającym kwotę rękojmi), bieżącego nadzorowania wbudowanych materiałów, udzielanie merytorycznych wyjaśnień na każde żądanie zamawiającego i inne koszty, które mogą być poniesione w trakcie realizacji zamówienia”.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 4 lutego 2014 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 12 lutego 2014 r.) udzielił wyjaśnień, wskazując iż:

1. „cena ofertowa przedstawiona w naszej ofercie zawiera:
  - a) wszystkie koszty osobowe
  - b) koszty codziennych wizyt na budowie
  - c) koszty ubezpieczenia
  - d) sprawdzenie kosztorysów
  - e) zwoływania i uczestnictwa w naradach
  - f) uczestnictwa w odbiorach (wszelkich odbiorach)
  - g) udzielania wyjaśnień
  - h) oraz inne koszty mogące wystąpić w trakcie realizacji
2. Jesteśmy firmą, która ma swoje biuro w odległości około 30 minut jazdy od placu budowy
3. Jeden z pracowników firmy mieszka w Kobyłce a drugi na pograniczu Zielonki
4. Posiadamy stałą wartość ubezpieczenia na milion złotych od ponad 15 lat
5. Nasza cena jest trzecią ceną na pięć ofert
6. Zaoferowana przez nas cena odpowiada obecnie stosowanym cenom rynkowym

7. Jesteśmy gotowi do podpisania umowy na warunkach przewidzianych w SIWZ i naszej ofercie”.

Zamawiając, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odrzucił ofertę odwołującego, wskazując że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące ceny zamawiający ocenił jako niewystarczające, a tym samym uznał ją jako cenę rażąco niską.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż cena zaoferowana przez odwołującego znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia oszacował bowiem na kwotę 365 853,65 zł netto (Druk ZP-PN – pkt 1). Natomiast odwołujący za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował kwotę w wysokości 135 300,00 zł. Niemniej jednak cena znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. To bowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest przy tym wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający wystosował wezwania o identycznej treści (w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) do trzech wykonawców, których ceny były o ponad 50% niższe od wartości szacunkowej zamówienia. Odwołujący, odpowiadając na powyższe, (pismem z dnia 4 lutego 2014 r.), udzielił lakonicznych wyjaśnień. Wspecyfikował w nich co prawda wszystkie elementy wskazane przez zamawiającego w skierowanym do niego wezwaniu jednak nie podał żadnych odpowiadających tym elementom kwot. Tymczasem same wyjaśnienia, zawierające tak niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, jakich niewątpliwie odwołujący użył w złożonych wyjaśnieniach, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący podniósł bowiem jedynie, iż okolicznością wpływającą na wysokość zaoferowanej ceny jest odległość biura odwołującego od placu budowy (około 30 minut jazdy samochodem), jak również miejsce zamieszkania dwóch pracowników jednego w Kobyłce, drugiego zaś na pograniczu Zielonki. Niemniej jednak powyższe nie może stanowić

podstawy do stwierdzenia, iż w tym stania faktycznym nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko SO we Wrocławiu wyrażone w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt Ga 294/06, w którym stwierdzono, iż „posiadanie (...) dobrze prosperującego biura, (...), dysponowanie zapleczem techniczno – organizacyjno - logistycznym, dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią obiektywnych czynników, które mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te powinny być bowiem uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów”. Oznacza to więc, iż wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Takimi obiektywnymi czynnikami, podlegającymi ocenie zamawiającego – w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - w szczególności mogą być „oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”. Okoliczności takich odwołujący nie przedstawił, a wskazane przez niego czynniki jako czynniki obiektywne w istocie takimi okolicznościami nie są. Tym samym izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba rozpoznawała odwołanie tylko w odniesieniu do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty odwołującego. W konsekwencji Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców podniesionego w kontekście wezwania do złożenia wyjaśnień i oceny tych wyjaśnień w odniesieniu do dwóch innych wykonawców. Izba uznała, że z uwagi na art. 180 ust. 2 w związku z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp brak jest podstaw do rozpoznania tego zarzutu. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (czyli dla robót budowlanych wartość poniżej 5 000 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty. Ustawodawca objął bowiem ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, a dotyczące w szczególności odrzucenia jego oferty.



Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony oraz uczestnika postępowania na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....