

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 26 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 26 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 maja 2015 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum firm: 1) Hybudrog Sp. z o.o. (Lider) 2) Construcciones Perez Jimenez S.A., Poligono Industrail p-30 El Florio, Avda. Andalucia s/n, CP:18015, Granada (Partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Kasprzaka 49, 01-234 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Warmińsko-Mazurskie, ul. Emilli Plater 1, 10-562 Olsztyn** działające w imieniu i na rzecz: **1) Województwa Warmińsko-Mazurskiego; 2) Miasta Górowo Iławeckie; 3) Gminy Górowo Iławeckie; 4) Powiatu Bartoszyckiego**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum firm: 1) Hybudrog Sp. z o.o. (Lider) 2) Construcciones Perez Jimenez S.A., Poligono Industrail p-30 El Florio, Avda. Andalucia s/n, CP:18015, Granada (Partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Kasprzaka 49, 01-234 Warszawa kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis 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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowa trasy rowerowej na terenie powiatu bartoszyckiego w gminie i mieście Górowo Iławeckie”, nr ZP.272A.26.2015, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 052-089784 z 11.03.2015 r., przez Województwo Warmińsko-Mazurskie, ul. Emilli Plater 1, 10-562 Olsztyn działające w imieniu i na rzecz: 1) Województwa Warmińsko-Mazurskiego; 2) Miasta Górowo Iławeckie; 3) Gminy Górowo Iławeckie; 4) Powiatu Bartoszyckiego zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 30.04.2015 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o., ul. Lubelska 37 C, 10-408 Olsztyn zwane dalej: „Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o.”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło: Konsorcjum firm: 1) Hybudrog Sp. z o.o. (Lider) 2) Construcciones Perez Jimenez S.A., Poligono Industrail p-30 El Florio, Avda. Andalucia s/n, CP:18015, Granada (Partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Kasprzaka 49, 01-234 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Hybudrog” albo „Odwołującym”.

W dniu 11.05.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Hybudrog wniosło odwołanie na czynność z 30.04.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.05.2015 r. (e-mailem). Odwołanie zostało wniesione na:

- Zaniechanie wezwania, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, do wyjaśnień ceny zaproponowanej w ofercie złożonej przez wykonawcę Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMB UD Sp. z o. o.
- Dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o. bez wezwania do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

Opisane powyżej czynności, których dokonał Zamawiający lub których dokonania zaniechał, naruszają przepisy Pzp oraz zapisy postanowień SIWZ, a w szczególności naruszają dyspozycje art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o.,

- wezwanie wykonawcy Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o., w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień ceny zaproponowanej w ofercie,
- dokonania ponownej oceny złożonych ofert,
- ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W dniu 30.04.2015 r. Zamawiający za pomocą faksu przesłał Odwołującemu pismo zawierające informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, i Według Zamawiającego, po dokonaniu przez niego analizy i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, najkorzystniejszą ofertą, była oferta wykonawcy Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o. Po dokonanej przez Odwołującego analizie oferty wykonawcy Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o., Odwołujący ustalił co następuje:

1. Wartość zamówienia, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego zamieszczonym m.in. w piśmie z 29.04.2015 r., wynosiła 14 456 091,80 zł brutto. Taką samą kwotę podał Zamawiający przed otwarciem ofert, jako kwotę zamówienia.
2. Kwota oferty wykonawcy Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o., wynosiła 9 207 260,04 zł brutto,
3. Cena oferta wykonawcy Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o. jest niższa o 36,31% od wartości zamówienia oszacowanym i podanym do wiadomości przez Zamawiającego. W tym miejscu należy przytoczyć brzmienie art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem: *„Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny...”*

Przytoczony powyżej przepis formułuje dyspozycję skierowaną do Zamawiającego, która nakłada na niego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoficerowanej przez niego ceny. Obowiązek ten zmaterializuje się w sytuacji gdy nastąpi jedna z przesłanek wymieniona w tym przepisie a mianowicie:

1. Gdy zaproponowana przez wykonawcę cena w opinii Zamawiającego jest nierealna i nie daje podstaw do twierdzenia, że możliwe jest wykonanie przedmiotu umowy za zaproponowaną cenę,
2. Gdy cena oferty jest niższa o 30% od:
  - a. wartości zamówienia,
  - lub
  - b. średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Przesłanka opisana w pkt 1 oparta jest na pewnej uznaniowości Zamawiającego. Jeżeli uzna on, opierając się na swoim doświadczeniu w związku funkcjonowaniem danego rynku, że cena zaproponowana przez wykonawcę, niższa nawet o np. 10% od wartości zamówienia jest ceną nierealną ma prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnień ceny. W odróżnieniu od przesłanki z pkt 1, przesłanka opisana w pkt 2 nakłada na Zamawiającego **OBOWIĄZEK** wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny. Należy więc stwierdzić, że w każdym przypadku gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Należy również stwierdzić, że sam fakt zaistnienia jednej z dwóch przesłanek opisanych w pkt 2a lub w pkt 2b powoduje obowiązek dokonania przez Zamawiającego czynności wezwania do wyjaśnień ceny.

Zaistnienie jednej z opisanych powyżej przesłanek zmusza Zamawiającego do określonego zachowania. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 90 ust. 1 Zamawiający musi żądać złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawodawca wprost określa wymagania, które musi Zamawiający w takiej sytuacji wyegzekwować od wykonawcy. Zamawiający musi zażądać szczegółowych wyjaśnień od wykonawcy dotyczących elementów składowych ceny. Wykonawca musi wykazać i udowodnić, że poszczególne elementy składowe jego ceny są realne i adekwatne do wymagań Zamawiającego. Wykonawca musi udowodnić, że zakres robót określony przez Zamawiającego w przedmiarze robót, został przez niego uwzględniony w całości a ceny przez niego proponowane są cenami znajdującymi odzwierciedlenie w aktualnej sytuacji rynkowej.

Należy pamiętać również, że praktycznie w każdym przypadku, gdy Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do wyjaśnień zaniżonej ceny, wykonawca ten w trakcie realizacji zawartej umowy występuje z wnioskami o zwiększenie kwoty wykonania inwestycji będącej przedmiotem umowy. Zdarza się również, że ten sam wykonawca oferuje rażąco niską cenę za wykonanie danej inwestycji licząc na to, że nie będzie wykonywał wszystkich robót opisanych w przedmiarach. Znowelizowany przepis art. 90 ust. 1 miał zapobiec opisanym powyżej sytuacjom.

W tym miejscu należy również nadmienić, że czynność wezwania do wyjaśnień ceny, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ma doniosłe znaczenie dla wyniku postępowania przetargowego. Sam fakt dokonania wezwania jak i sposób sformułowania pytań dotyczących ceny ma wpływ na odpowiedzi wykonawcy. Czynności te są podstawą do podjęcia decyzji przez Zamawiającego w zakresie sposobu rozstrzygnięcia postępowania przetargowego.

Przekładając powyższe rozważania na zaistniałą sytuację faktyczną należy stwierdzić, że w sytuacji gdy cena oferty wykonawcy Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o. była niższa o 36,31% od wartości zamówienia, Zamawiający

miął obowiązek dokonania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień swojej ceny. Odwołujący przesłał do Zamawiającego wniosek o dokonanie wglądu do oferty złożonej przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o. oraz całej dokumentacji dotyczącej postępowania przetargowego.

Zamawiający udostępnił ofertę oraz dokumentację przetargową w dniu 04.05.2015 r. a więc już po dokonaniu przez niego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy również nadmienić, że otwarcie ofert nastąpiło 28.04.2015 r., a Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 30.04.2015 r. czyli dwa dni po ich otwarciu. Z analizy dokumentacji wynika, że Zamawiający nie podjął żadnych czynności zmierzających do wyjaśnienia ceny zaproponowanej przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o.

W związku z faktem, że cena oferty była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, to w takim przypadku, zgodnie z art. 90 ust. 1, Zamawiający miał obowiązek dokonania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Przedmiotowe wezwanie powinno zawierać konkretne wymagania w zakresie wyjaśnienia ceny. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający w SIWZ nie sformułował żadnych żądań co do sposobu kalkulacji ceny, wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym a Zamawiający nie żądał dołączenia kosztorysów do złożonej oferty, wezwanie do wyjaśnień ceny jest jedyną możliwością dokonania jej analizy. Na marginesie tylko należy stwierdzić, że zachowanie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest bardzo rzadko spotykane. W przetargu powyżej tzw. progów unijnych praktycznie nie spotykane jest, żeby Zamawiający nie formułował żadnych warunków uczestnictwa w postępowaniu przetargowym oraz nie żądał żadnej kalkulacji cen. Na potwierdzenie stanowiska Odwołującego w zakresie obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień należy przytoczyć następujące orzeczenia KIO:

- wyrok z dnia 15.01.2015 r. sygn. akt: KIO 2766/14 - *„W obecnym brzmieniu przepis art. 90 ust. 1 zobowiązuje zamawiającego do żądania udzielenia wyjaśnień, wraz z dowodami, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert: Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny .....Obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 P.z.p. występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi, co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności...”*

- wyrok z dnia 18.03.2015 r. sygn. akt: KIO 417/15 - „W świetle art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., w brzmieniu ustalonym wskutek wejścia w życie ww. ustawy nowelizującej, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ....”
- wyrok z dnia 17.03.2015 r. sygn. akt: KIO 417/15 - „Wprowadzenie do wyliczenia przepisu **art. 90 Pzp** brzmi »**Jeżeli cena oferty** wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności **jest niższa o 30% od wartości zamówienia** lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie [...] [podkreślenie Izba] ... W związku z jednoznacznie brzmiącym przepisem **art. 90 ust. 1 Pzp** zamawiający nie mają innej możliwości, **a tylko w przypadku wystąpienia kwoty oferty niższej o 30% od wartości zamówienia mają obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.** Obowiązek takiego badania ceny powstaje nawet jeżeli różnica cen w najmniejszym stopniu przekracza 30% ... Obowiązek ten występuje nawet jeżeli w innych postępowaniach zaoferowana cena nie budziła wątpliwości lub została wyjaśniona jako cena uzasadnienie niższa niż ustawowy próg 30%. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie dopuszczają istnienia żadnych wyjątków od bezwzględного żądania wyjaśnień przez zamawiającego w stosunku do każdego z wykonawców, którego oferta opiewa na cenę niższą niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia **art. 90 ust. 1 Pzp**. W związku z tym Izba musi uwzględnić odwołanie w zakresie rozpoznawanego zarzutu i nakazać zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu oraz nakazać zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert. W trakcie czynności badania złożonych ofert zamawiający musi zastosować się do przepisu **art. 90 ust. 1 Pzp** i zwrócić się o udzielenie wyjaśnień do wykonawców, których ceny ofertowe są niższe o 30% od wartości zamówienia ”.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdził, że Zamawiający zaniechał czynności do dokonania, której był zobowiązany. Zamawiający dokonując wyboru oferty bez wykonania dyspozycji art. 90 ust. 1, w sytuacji gdy zaistniały przesłanki do jego zastosowania, naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 11.05.2015 r. wezwał (faxem i e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 26.05.2015 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 19.05.2015 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, umocowany pełnomocnik Zamawiającego, oświadczył, że uwzględni w całości odwołanie z 11.05.2015 r. wniesione przez Konsorcjum Hybudrog.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 967/15 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu

Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....