

Sygn. akt: KIO 1568/11

**WYROK**  
z dnia 2 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez wykonawcę **STUDIUM Sp. z o.o., 03-741 Warszawa, ul. Białostocka 24/7** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miasta Płocka, 09-400 Płock, ul. Stary Rynek 1,**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **STUDIUM Sp. z o.o., 03-741 Warszawa, ul. Białostocka 24/7** 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 **STUDIUM Sp. z o.o., 03-741 Warszawa, ul. Białostocka 24/7** 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 2010 r. 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 w Płocku.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Urząd Miasta Płocka prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej na przebudowę i remont zabytkowego budynku biurowego będącego siedzibą Delegatury Urzędu Wojewódzkiego w Płocku przy ul. Kolegialnej 15.

Pismem z dnia 18 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Wojciecha Osak prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Inwestproj – Wojciech Osak z siedzibą w Toruniu. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa p.z.p.] oferty wykonawcy STUDIUM Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie, nie wykazał, co spowodowało obniżenie ceny.

Wobec takich czynności zamawiającego odwołanie złożył wykonawca STUDIUM Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z odrzuceniem oferty odwołującego oraz wyborem, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Pracowni Inwestproj Wojciech Osak, która nie jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p., poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, która nie jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy p.z.p., poprzez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie tego artykułu, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na uznanie, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdziły jednoznacznie, że cena nie jest rażąco niska”.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zarzucana przez zamawiającego okoliczność ewentualnych niewystarczających wyjaśnień nie uprawnia zamawiającego do odrzucenia oferty. Odwołujący podnosił, że jeżeli zamawiający uznał jego wyjaśnienia za niewystarczające powinien był ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny ofertowej. W ocenie odwołującego „(...) Art. 90 ust. 3 Pzp nie zezwala na odrzucenie oferty w przypadku złożenia wyjaśnień, które nie potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska. Zgodnie z ww. artykułem postępowanie jest odwrotne: wyjaśnienia te muszą potwierdzać, że cena jest rażąco niska. (...) ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie wynika, aby cena przez niego zaoferowana była rażąco niska. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na nieostrość pojęcia: „niepełności” czy też: „niewystarczalności wyjaśnień”. Nie może być tak, że Zamawiający posiada pełną dowolność uznania, czy złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są wystarczające, czy też nie.”. Wskazywał również, iż nieuzasadnione jest przerzucanie na niego konsekwencji nieudowodnienia w mniemaniu zamawiającego, że jego oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podnosił, że „ (...) pomimo, iż wszystkie złożone w niniejszym przetargu oferty były znacząco niższe od ceny oszacowanej przez Zamawiającego, Zamawiający wezwał jedynie Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Takie zachowanie potwierdza nierówne traktowanie wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 Pzp.”

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Urząd Miasta Płocka prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej na przebudowę i remont zabytkowego budynku biurowego będącego siedzibą Delegatury Urzędu Wojewódzkiego w Płocku przy ul. Kolegialnej 15.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 czerwca 2011 r. pod numerem 162800.

Zgodnie z protokołem postępowania zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 703.123,00 zł.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) STUDIUM Sp. z o. o. na kwotę 168.510,00 zł brutto;
- 2) Pracownia Inwestproj Wojciech Osak na kwotę 280.440,00 zł brutto;
- 3) Biuro Obsługi Inwestycji Krzysztof Niemyski na kwotę 270.000,00 zł brutto;
- 4) Zakład Usług Technicznych Architekt Wanda Grodzka na kwotę 379.824,00 zł brutto;

5) MAKSA Sp. z o. o. na kwotę 424.350,00 zł brutto.

Ponadto Izba ustaliła, iż pismem z dnia 8 lipca 2011 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie. O wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny zamawiający zwrócił się również do wykonawcy Pracownia Inwestproj Wojciech Osak. Obaj wykonawcy odpowiedzieli na wezwanie zamawiającego w terminie przez niego określonym. W odpowiedzi odwołujący przedstawił rozbięcie oferowanej ceny ofertowej na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Podał również, że „na wartość oferty ma wpływ fakt, iż większość prac wykonamy samodzielnie oraz posiadamy stałe umowy współpracy. Dzięki temu mogliśmy przedłożyć tak konkurencyjną cenowo ofertę”.

Pismem z dnia 18 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Pracownia Inwestproj – Wojciech Osak z siedzibą w Toruniu. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oferty wykonawcy STUDIUM Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Czynności te leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

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 p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p., Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Należy zauważyć, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie

zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. W przedmiotowej sprawie odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że na wartość oferty ma wpływ fakt, iż większość prac wykona samodzielnie oraz, że posiada stałe umowy współpracy i dzięki temu mógł zaoferować tak konkurencyjną cenę.

Izba zwraca uwagę, iż przywoływane przez odwołującego w odwołaniu jak i w toku rozprawy argumenty, dodatkowe wyliczenia, umowy o współpracę, winny być przytoczone na etapie składania wyjaśnień a nie w trakcie postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu lakonicznych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia realności zaoferowanej ceny, wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Zmawiający nie miał możliwości dokonywania głębszej analizy złożonych wyjaśnień gdyż nie zawierały one żadnych obszerniejszych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. Izba stoi na stanowisku, iż udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Izba wskazuje, iż odwołujący w swoich wyjaśnieniach za wyjątkiem rozbicia ceny na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia i stwierdzenia, że większość prac wykona samodzielnie oraz, że posiada stałe umowy współpracy, nie wskazał żadnych innych obiektywnych czynników uzasadniających ocenę oferty w zakresie rażąco niskiej ceny w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, czy też oryginalności projektu wykonawcy.

Dodatkowo należy wskazać, że wbrew twierdzeniom odwołującego to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, iż oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W ocenie Izby to, w jaki sposób wykonawca będzie próbował obalić domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej leży po stronie i w interesie właśnie tego wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, iż wątpliwości, co do zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Izba wskazuje, że na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, ale co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. a nie w zakresie wykazania, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska. W przedmiotowej sprawie Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający, dokonał prawidłowej i pełnej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień (na ile było to możliwe wobec tak lakonicznych stwierdzeń), a wobec braku wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ofertę odwołującego odrzucił.

Powyższe determinuje również stanowisko Izby w zakresie braku podstaw do uznania, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Ponadto Izba nie

podzieliła stanowiska odwołującego w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p., jak i art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. W ocenie Izby działaniom zamawiającego nie sposób przypisać naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....