

**WYROK**

**z dnia 15 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 września 2014 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S. A. z siedzibą w Toruniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Toruń: Miejski Zarząd Dróg w Toruniu**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S. A. z siedzibą w Toruniu i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S. A. z siedzibą w Toruniu** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od **wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S. A. z siedzibą w Toruniu** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Gminy Miasta Toruń: Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Toruniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Toruń: Miejski Zarząd Dróg w Toruniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Przebudowę ul. Łódzkiej w Toruniu na odcinku od ul. Andersa do ul. Lipnowskiej”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S. A. z siedzibą w Toruniu (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 30 września 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego oraz w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - polegające na odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego pomimo, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie w konsekwencji odrzucenia oferty Wykonawcy - unieważnieniu postępowania -o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż cena najniższej oferty - STRABAG sp. z o.o. przewyższyła kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - polegające na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców poprzez ustalenie wymogu, iż cena brutto za budowę kanalizacji deszczowej nie może przekroczyć 5,33% ceny brutto za wykonanie całości zamówienia,
- 3) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust 1 ustawy Pzp - polegające na tym, że wybór wykonawcy nie został dokonany w sposób wypełniający przepisy ustawy Pzp,
- 4) art. 36 ustawy Pzp - polegające na tym, że treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej również: „SIWZ”) określa w pkt. 16.14 opis sposobu obliczenia ceny niedopuszczalny na mocy obowiązujących przepisów prawa (ustalenie udziału procentowego określonej części zamówienia w cenie brutto Wykonawcy).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) w konsekwencji pkt. 1 i 2 powyżej unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, na które składają się wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem załączonym do niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł także o:

- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- 7) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ul. Łódzkiej w Toruniu na odcinku od ul. Andersa do ul. Lipnowskiej”, a w szczególności ofert pozostałych wykonawców,
- 8) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia kosztorysu inwestorskiego przygotowanego na podstawie art. 33 ustawy Pzp, w oparciu, o który to kosztorys Zamawiający ustalił kwotę, którą zamierza przeznaczyć na budowę kanalizacji deszczowej na kwotę 1.467.000,00 złotych brutto,
- 9) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia porozumienia zawartego z Toruńskimi Wodociągami sp. z o.o. w dniu 14 sierpnia 2014 roku na okoliczność poparcia twierdzeń Odwołującego zawartych w odwołaniu.

Odrzucenie oferty Odwołującego oraz w konsekwencji unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stały się przedmiotem odwołania, wniesionego w dniu 30 września 2014 r. przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynierskiego S. A. z siedzibą w Toruniu.

Pismem z dnia 9 października 2014 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o częściowe odrzucenie odwołania ewentualnie oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 30 września 2014 r.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r.) wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, wobec uwzględnienia złożonej przez Odwołującego opozycji. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając opozycję uznała, że Odwołujący uprawdopodobnił, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu zawierały, między innymi następujące postanowienia:

- Pkt 16.14 Cena brutto za budowę kanalizacji deszczowej, nie może przekroczyć 5,33% ceny oferty brutto za wykonanie całości zamówienia.

Bezspornym – pomiędzy stronami – jest fakt, że Odwołujący skalkulował cenę za budowę kanalizacji deszczowej przekraczając 5,33% ceny oferty brutto za wykonanie całości zamówienia, jak wymagał tego Zamawiający według punktu 16.14 SIWZ.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną – 12.183.522,99 zł brutto, twierdząc że skalkulowanie jej części związanej z budową kanalizacji na poziomie 1,43% wyższym, niż

dopuszczalny wskaźnik 5,33% spowodowałoby, że cena za budowę kanalizacji deszczowej byłaby rażąco niska.

Izba oceniając ww. zarzuty Odwołującego – uznała, że nie znalazły one potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym:

W pierwszej kolejności Izba - odnosząc się do zarzutów dotyczących postanowień SIWZ (pkt 16.14 SIWZ) - zważyła co następuje.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest robota budowlana, której wartość oszacowano na kwotę poniżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (poniżej tzw. „progów unijnych”).

Zatem stwierdzić należy, że dla zamówień o takich wartościach ustawodawca w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przewidział ograniczenie do wnoszenia odwołań. Zaskarżeniu podlegają więc jedynie enumeratywnie wymienione w nim czynności, tj.:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. odrzucenia oferty odwołującego.

Z treści złożonego odwołania wynika, iż zarzuty odwołania w części dotyczą postanowień SIWZ.

W odniesieniu do postępowań, których wartość nie przekracza kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ustawodawca w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp określił enumeratywny katalog czynności, od których przysługuje odwołanie. Ustawodawca nie dopuścił możliwości zaskarżenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej również: „SIWZ”) Rozpoznanie odwołania wobec ww. czynności jest zatem niedopuszczalne w postępowaniach o wartości nie przekraczającej kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę, że ustawa Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, dlatego zarzuty odwołania - inne niż zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie podlegają częściowemu odrzuceniu jednak wobec brzmienia art. 180 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy nie mogą być przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tylko zatem w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego - złożone odwołanie mogło podlegać rozpoznaniu na przeprowadzonej przez Izbę rozprawie, co w niniejszej sprawie Izba uczyniła.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Izba stwierdziła, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w złożonym materiale dowodowym.

Izba oceniając czynność Zamawiającego - w postaci odrzucenia oferty Odwołującego - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

Po pierwsze Odwołujący nie zakwestionował sposobu oceny ofert - przyjętego przez Zamawiającego – w niniejszym postępowaniu, nawet gdyby uznać, że sporne postanowienie pkt 16.14 SIWZ jest niezgodne z ustawą Pzp, to podnoszenie takiego zarzutu na tym etapie postępowania należy uznać za spóźnione.

Po drugie Odwołujący nie wykazał przed Krajową Izbą Odwoławczą z jakich to dokumentów, czy też z jakiej części złożonej oferty wynika – twierdzenie Odwołującego - że jego oferta jest zgodna z postanowieniami SIWZ; wręcz przeciwnie potwierdził, że sporne postanowienie pkt 16.14 SIWZ nie zostało przez niego spełnione, gdyż skalkulowanie tej części związanej z budową kanalizacji na poziomie 1,43% wyższym, niż dopuszczalny wskaźnik 5,33% spowodowałoby, że cena za budowę kanalizacji deszczowej byłaby rażąco niska.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła znaleźć podstaw do uznania, że oferta Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w pkt 16.14 SIWZ oraz w konsekwencji nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....