

Sygn. akt: KIO 1035/11

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2011 r. przez wykonawcę Januarego Miśkowiec prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny „KROKUS” January Miśkowiec, 33-100 Tarnów, ul. Bitwy pod Monte Cassino 9/79 w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Tarnowa – Urząd Miasta Tarnowa, 33-100 Tarnów, ul. Mickiewicza 2

przy udziale wykonawcy Anny Mathea prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „DOM-MAT” Anna Mathea, 33-100 Tarnów, Pl. Sobieskiego 2 zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1035/11 po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Januarego Miśkowiec prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny „KROKUS” January Miśkowiec, 33-100 Tarnów, ul. Bitwy pod Monte Cassino 9/79 i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Januarego Miśkowiec prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny „KROKUS” January Miśkowiec, 33-100 Tarnów, ul. Bitwy pod Monte Cassino 9/79,

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Gminę Miasta Tarnów na *bieżące utrzymanie zieleni miejskiej i placów zabaw w Tarnowie (nr sprawy WGK.A.C-7070-216/10)*, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Annę Mathea, w dniu 19 maja 2011 r. wykonawca January Miśkowiec wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1035/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 maja 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia przekazanego w dniu 9 maja 2011 r. Wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę określoną na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PrZamPubl i wynosi dla zamówienia udzielanego w częściach 1 716 483,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 447 117,22 euro.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90, art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl, spowodowane zaniechaniem wezwania wybranego wykonawcy do udzielania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechaniem odrzucenia oferty wybranej, która nie odpowiada treści siwz w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także jako oferty z rażąco niską ceną.

Odwołując wskazał, jako wadliwą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, z najniższą ceną, podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy, albowiem nie odpowiada ona treści siwz, a ponadto wskazaną cenę należy uznać za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia określające warunki udziału w postępowaniu oraz opis oceny ich spełniania, w których zamawiający wymagał od wykonawcy polegającego na zasobach innego podmiotu, w tym na osobach zdolnych do wykonania zamówienia, przedłożenia pisemnego zobowiązania innego podmiotu. Wskazania w ofercie osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia do kierowania pracami w parkach wpisanych do rejestru zabytków pozostaje w zatrudnieniu u innego podmiotu. Wykonawca nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Ma to wskazywać na niezgodność merytoryczną oferty, albowiem dokumenty, o których mowa nie odnoszą się do wykonawcy, lecz stanowią treść oferty, określając cechy oferowanych usług w tym też ich ewentualną jakość i możliwość ich zrealizowania. Zamawiający dokonał zatem wyboru

oferty, która nie spełnia wymagań siwz w tak istotnej materii jak kierowanie pracami w parkach wpisanych do rejestru zabytków.

W ocenie odwołującego, wskazana cena za wykonanie prac w rejonie nr 3 winna być uznana za rażąco niską w porównaniu do przedmiotu zamówienia, na co wskazuje różnica w cenach pozostałych wykonawców. Zamawiający pomimo znacznej różnicy ceny oferty w stosunku do kwoty przeznaczonej na wykonanie zamówienia, nie zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zdaniem odwołującego nie jest możliwe wykonanie usługi w cenie wskazanej w ofercie wybranej. Charakter ceny rażąco niskiej można przypisać cenie, która jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Wskazana dla rejonu nr 3 „Południe” cena była niższa aniżeli cena obowiązująca w okresie od 1 kwietnia 2010 r. do 31 marca 2011 r. za ten sam zakres prac. Odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztów potwierdzającą wysokość zaproponowanej przez niego ceny.

W dniu 26 maja 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Anna Mathea, wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu. W szczególności Izba ustaliła, iż odwołanie dotyczy nowej czynności zamawiającego nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 744/11) w zakresie zadania Rejon nr 3. Zakończone wyrokiem Izby, postępowanie odwoławcze zostało wywołane odwołaniem obecnego uczestnika postępowania – wykonawcy Anny Mathea, wniesionym wobec czynności jej wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PrZamPubl, w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. W zakończonym postępowaniu odwoławczym udział brał w charakterze uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, obecny odwołujący – January Miśkowiec. Izba ustaliła, iż przedmiotem zarzutów

rozpoznanego odwołania była ocena doświadczenia wykonawcy wykluczonego z postępowania, natomiast w obecnie rozpoznawanym odwołaniu zarzuty dotyczą oceny dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także ustalenia, czy oferta podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę. Izba uznała za dopuszczalne wniesienie odwołania wobec nowej czynności oceny oferty przywróconej do postępowania, wybranej jako najkorzystniejsza, wobec której podnoszone są nowe okoliczności, nie będące dotychczas przedmiotem weryfikacji w drodze wnoszonych środków ochrony prawnej. W szczególności, Izba uznała, iż odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu do zaskarżenia nowej czynności zamawiającego, dokonanej w związku z wyrokiem Izby.

W zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie Izba uznała odwołanie za niezasadne.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności oceny oferty wybranej, która zgodnie z zakresem podniesionych zarzutów winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy PrZamPubl.

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl powoływał się na okoliczność mogącą mieć znaczenie dla postawienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, pozostającego w związku z ewentualnym zaniechaniem wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania. Odwołujący w sposób błędny dokonał identyfikacji podstawy prawnej formułowanego zarzutu, co stanowiło uchybienie formalne odwołania, której jednak nie stanowiło przeszkody w jego rozpoznaniu. Odwołujący wskazywał konsekwentnie na brak wykazania w ofercie wybranej dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – co najmniej jedną osobą, która będzie kierować pracami w parkach wpisanych do rejestru zabytków. Odwołujący kwestionował zarówno kwalifikacje osoby wskazanej w ofercie, jak również możliwość przyjęcia do oceny spełniania warunku udziału kwalifikacji tej osoby, przy braku pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy swojego potencjału.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał wskazania co najmniej jednej osoby, która będzie kierować pracami w parkach wpisanych do rejestru zabytków, posiadającą kwalifikacje, o których mowa w § 8 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 09.06.2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz. U. Nr 150 poz. 1579), tj. musi posiadać tytuł magistra uzyskany po ukończeniu wyższych studiów, obejmujących wiadomości w tym zakresie oraz odbyłą po ukończeniu tych studiów

co najmniej 12-miesięczną praktykę zawodową, lub odpowiadające im kwalifikacje zgodne z przepisami obowiązującymi w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę. Przywołany opis sposobu oceny spełniania warunku w zasadzie w całości przenosił treść postanowienia rozporządzenia, z pominięciem ostatniego fragmentu dotyczącego praktyki zawodowej, która winna być zdobyta przy konserwacji i pielęgnacji tego rodzaju zabytków (tj. parków zabytkowych albo innego rodzaju zorganizowanej zieleni zabytkowej). Ocena kwalifikacji osób miała być dokonana na podstawie oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu osób, sporządzonego według załącznika nr 5 do siwz.

W ofercie wybranej wskazane zostały dwie osoby do kierowania pracami w parkach wpisanych do rejestru zabytków dla Rejonu nr 3, przy czym w odwołaniu wykonawca kwestionował możliwość uwzględnienia przy ocenie, kwalifikacji jednej z tych osób. Na rozprawie odwołujący rozszerzał argumentację, podnosząc okoliczność dotyczącą również drugiej osoby, tj. braku dołączenia dokumentów potwierdzających ukończenie wyższych studiów ze specjalizacją wykonywanie prac konserwatorskich i restauratorskich ochrony zabytków.

Nie jest prawdą, iż do oferty nie zostały załączone żadne dokumenty potwierdzające ukończenie studiów wyższych przez wskazane osoby. Izba ustaliła, iż stosowne dokumenty znajdują się na stronach 21 (dyplom Akademii Rolniczej potwierdzający tytuł magistra inżyniera leśnictwa) oraz 25 (dyplom Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego potwierdzający tytuł magistra inżyniera na kierunku architektura krajobrazu) oferty. Dokumenty te nie były wymagane, a zatem nawet ich brak nie mógł stanowić podstawy do formułowania zarzutu w tym zakresie. Zarówno załączone do oferty dokumenty, jak i oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie osób, potwierdzają, że osoby wskazane do kierowania pracami w parkach wpisanych do rejestru zabytków uzyskały tytuł magistra po ukończeniu wyższych studiów i posiadają wymagany staż pracy. Odwołujący, poza gołosłownym stwierdzeniem, nie wykazał, iż zakres ukończonych studiów, był nieodpowiedni, gdyż nie obejmował wiadomości w wymaganym zakresie. Zgodnie z zasadą ciężaru dowodu, to na odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia okoliczności, z których wywodził skutki prawne, jakie związane są z brakiem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zaniechanie dowodzenia okoliczności mających znaczenie dla uznania zarzutu prowadziło do oddalenia w tym zakresie odwołania. Szczególny nacisk odwołujący kładł na wykazanie braku złożenia, tak w samej ofercie, jaki i w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Izba uznała tą argumentację odwołującego za niezasadną. W pierwszej kolejności należało ustalić, czy rzeczywiście wykonawca wybrany polega na potencjale podmiotu trzeciego. Oferta, jak i uzupełniony na wezwanie zamawiającego wykaz osób,

dostarcza odpowiedzi przeczącej, gdyż od początku w obu wykazach wykonawca zaznaczył w kolumnie nr 4 „Wykonawca dysponuje osobą” wpisywał słowo „TAK”, co należało zinterpretować, jako potwierdzenie dysponowania osobami wskazanymi w danym wierszu. Dopisanie w uzupełnionym wykazie informacji w kolumnie nr 5 „Informacja o podstawie dysponowania osobami”, jako podstawy - umowy zlecenia, nie stanowiło potwierdzenia polegania na zasobie innego podmiotu. Skoro przy realizacji zamówienia przewidziany został udział osób, z którymi wykonawca będzie zawierał lub już zawarł umowy cywilnoprawne, stanowią one jego zasób kadrowy, a zatem nie będzie mowy o udziale podmiotu trzeciego, na jaki wskazywał odwołujący – tj. przedsiębiorcy, z którym osoba pozostaje w stosunku pracy. Ponieważ odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na ewentualne istnienie zakazu zatrudnienia u innego pracodawcy, to nie ma podstaw do kwestionowania możliwości wykazania się potencjałem osobowym będącym w dyspozycji wykonawcy z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej. Z uwagi na powyższe Izba oddaliła zarzuty dotyczące braku potwierdzenia przez wybranego wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Anny Mathea, jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba oddaliła.

W ocenie Izby powoływane przez odwołującego okoliczności nie mogły dowodzić twierdzenia o złożeniu oferty z rażąco niską ceną. Odwołujący twierdzenia w tym zakresie opierał wyłącznie na porównaniu cen w złożonych ofertach, a także wartości szacowanej przez zamawiającego. Samo stwierdzenie występującej dysproporcji w cenach ofert nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny. Odwołujący przedstawił zestawienie kosztów własnych, które nie mogło być uznane za jedyny wzorzec właściwej kalkulacji kosztów dokonanej przez innego wykonawcę, prowadzącego we własnym imieniu działalność gospodarczą. Izba odmówiła mocy dowodowej kalkulacji odwołującego, która może jedynie stanowić wyjaśnienie wysokości ceny zaproponowanej przez tego wykonawcę. Również porównanie wysokości cen zaproponowanych w ofertach złożonych w postępowaniu nie dowodzi w sposób dostateczny zarzutu rażąco niskiej ceny, co najwyżej może dostarczać informacji o poziomie cen na rynku usług. Wynoszą one brutto: 516 000,00 zł. (oferta odwołującego), 524 880,00 zł. (DGP Sp. z o.o.) i 406 800,00 zł. (oferta wybrana), przy wartości szacowanej przez zamawiającego w kwocie brutto: 536 424,00 zł. Odwołując, poza przywołaniem też z orzecznictwa nie potrafił wykazać, iż kwota na jaką opiewa oferta wybrana jest nierealna i nie pozwala na właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia. Izba uznała za błędne stanowisko odwołującego, w którym stwierdził, iż w związku z wątpliwościami dotyczącymi wysokości ceny w ofercie wybranej zgłaszanymi na wcześniejszym etapie postępowania, zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy o

złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. O potrzebie zastosowania procedury opisanej w art. 90 ustawy PrZamPubl nie przesądzają ewentualne wątpliwości wykonawców zgłaszane zamawiającemu, lecz okoliczności faktyczne związane z przedmiotem zamówienia, w tym jego charakter i zakres. Stwierdzenie dysproporcji w cenach nie stanowi samoistnej podstawy do stawiania zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli różnica ta nie budzi podejrzenia co do rzetelności kalkulacji ceny. Nawet przyjęcie, że zamawiający winien skierować takie wezwanie do wykonawcy, nie stanowi wystarczającej podstawy do uwzględnienia dalej idącego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl, a zatem pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Izba przyjęła za okoliczność uzasadniającą brak zastosowania procedury wyjaśniającej, wskazaną przez zamawiającego wartość umowy zawartej w 2009 r. na świadczenie przedmiotowych usług dla Rejonu 3, która była na zbliżonym poziomie i wynosiła 455.820,00 zł, brutto. Ponieważ odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana cena powinna prowadzić do zastosowania dyspozycji zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W tych okolicznościach, Izba uznała, iż zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla Rejonu nr 3 i oddaliła odwołanie w całości.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust 10 ustawy PrZamPubl oraz treść § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego, zaliczając do nich uiszczony wpis. Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zwrot poniesionych przez uczestnika postępowania kosztów, które zalicza się do kosztów postępowania odwoławczego tylko w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, tj. w sytuacji, kiedy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego wniesie sprzeciw (§ 3 pkt 2 rozporządzenia).

**Przewodniczący:** .....