

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 22 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Sylwester Kuchnio**

**Emil Kuriata**

Protokolant: Agata Dziuban

wobec cofnięcia w dniu **22 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2015 r.

przez wykonawcę: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie specjalistycznych usług przewozowych dla osób niepełnosprawnych na terenie m. st. Warszawy oraz w przypadku leczenia lub rehabilitacji osób niepełnosprawnych w obszarze do 20 km od granic m.st. Warszawy* (nr postępowania ZP/GP/271/III-223/14)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**A. Usługi Transportowe M. W., Otwock Wielki**

**B. MKM TRANS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer z siedzibą w Warszawie kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „pzp” lub „Pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie specjalistycznych usług przewozowych dla osób niepełnosprawnych na terenie m. st. Warszawy oraz w przypadku leczenia lub rehabilitacji osób niepełnosprawnych w obszarze do 20 km od granic m.st. Warszawy* (nr postępowania ZP/GP/271/III-223/14). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S\_217-384122 z 11 listopada 2014 r., z tym że 6 listopada 2014 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {<http://ogloszeniabzp.um.warszawa.pl>}. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

9 stycznia 2015 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez niewezwanie Wykonawców: Usługi Transportowe M. W. z Otwocka Wielkiego oraz MKM TRANS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, ewentualnie – przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez tych Wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez bezpodstawne nieodrzućenie ofert złożonych przez powyżej wymienionych Wykonawców, z uwagi na nieuzasadnione przyjęcie, że oferty te nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia ofert Wykonawców: Usługi Transportowe M. W. oraz MKM TRANS sp. z o.o., {ewentualnie} wezwania tych wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.
3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy pzp.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podniósł, że ceny zaoferowane przez Wykonawców: Usługi Transportowe M. W. oraz MKM TRANS są cenami zaniżonymi, niewiarygodnymi i nierealistycznymi, a przynajmniej zachodzą ku temu uzasadnione podejrzenia.

Odwołujący pokreślił, że ustawodawca nie sformułował legalnej definicji rażąco niskiej ceny. Rolę pomocniczą pełni tutaj orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych, a także wytyczne przedstawicieli doktryny oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie ze *SJP PWN* *rażący to rzucający się w oczy*. Uwzględniając zatem wykładnię językową, cena rażąco niska to cena niewiarygodnie niska, znacząco odbiegająca od cen rynkowych, sprowadzająca się do realizacji zamówienia poniżej kosztów. Innymi słowy, o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy – przy uwzględnieniu reguł rynkowych – wykonanie zamówienia za tę cenę byłoby dla wykonawcy nieopłacalne.

Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku zaoferowania przez wykonawcę ceny, która jest rażąco niska, zamawiający jest obowiązany, a nie uprawniony do odrzucenia oferty takiego wykonawcy.

Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 pzp, 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: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W świetle powyższego zamawiający w toku badania i oceny ofert jest każdorazowo zobowiązany do weryfikacji, czy zaoferowane przez wykonawców ceny przystają do realiów rynkowych. W razie wątpliwości w tym zakresie zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawodawca, w drodze ostatniej

nowelizacji ustawy pzp, wskazał, że w szczególności 30% odstępstwo od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert stanowi podstawę do wystąpienia do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia. To kryterium arytmetyczne nie jest jedyną przesłanką do żądania takowych wyjaśnień. Katalog, o którym mowa w art. 90 ust. 1 pzp, ma bowiem charakter otwarty. Oznacza to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaistnieć inne uzasadnione powody, dla których zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na kalkulację ceny.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, pomimo stosownego wniosku Odwołującego, na moment sporządzenia odwołania nie wyznaczył Odwołującemu terminu na wgląd do dokumentacji postępowania. Odwołujący nie pominął milczeniem, że takie zachowanie Zamawiającego zdaje się być działaniem, a raczej zaniechaniem, w pełni świadomym i celowym, zmierzającym do uniemożliwienia Odwołującemu zapoznania się z dokumentacją postępowania przed upływem terminu na składanie odwołań. Odwołujący ocenił, że stoi to w sprzeczności z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także koniecznością transparentności i przejrzystości procedowania przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z dokumentacją postępowania, w tym ustalenie, czy powyżej wymienieni wykonawcy zostali wezwani do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił, że brak takiego wezwania stanowiłby zaniechanie Zamawiającego niezgodne z art. 90 ust. 1 pzp, gdyż nie ulega wątpliwości, że ceny zaoferowane przez ww. wykonawców powinny wzbudzić podejrzenia Zamawiającego w zakresie tego, czy są to ceny rzetelnie skalkulowane, realistyczne, i w konsekwencji pozwalające na realizację zamówienia przy jednoczesnym osiągnięciu przez wykonawcę zysku. Poziom, na którym kształtują się te ceny, powinien skutkować wezwaniem ww. wykonawców do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że nawet w przypadku wezwania przez Zamawiającego ww. Wykonawców do wyjaśnień oraz złożenia tych wyjaśnień zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, nie istnieją podstawy do nieodrzczenia ofert tych Wykonawców. Jeżeli Zamawiający przedmiotowe wyjaśnienia otrzymał i przyjął brak podstaw do odrzczenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, dokonanej przez Zamawiającego ocenie tych wyjaśnień należy odmówić waloru prawidłowości. Odwołujący podkreślił, że w przypadku weryfikacji przez Zamawiającego kwestii rażąco niskiej ceny nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień. Wykonawca jest zobowiązany do złożenia umotywowanych i przekonujących wyjaśnień, cechujących się odpowiednim stopniem szczegółowości i popartych dowodami.

Odwołujący powołał się na to, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie wielokrotnie podkreślano, że *nie jest (...) wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonywujących* (tak np. w sprawie o sygn. akt KIO 349/12). Istotne nie jest to, aby takie wyjaśnienia fizycznie znalazły się w dokumentacji postępowania, ale to, aby ich treść przekonywała, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, a wykonawca, poprzez ich złożenie, powinien *udowodnić zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat* (sygn. akt KIO 1889/10). Wyjaśnienia powinny wskazywać, *jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską oraz że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji* (sygn. akt KIO 1659/10). Wyjaśnienia zbyt ogólne, lakoniczne nie prowadzą do obalenia domniemania w kwestii rażąco niskiej ceny. Konieczne jest przedstawienie dowodów na poparcie, że dokonano rzetelnej kalkulacji ceny. Na powyższe wskazuje również treść przepisu art. 90 ust. 3 pzp, stanowiącego, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Kluczową kwestią pozostaje tutaj ocena przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Zamawiający zobowiązany jest do tego, aby *we właściwy sposób ocenić złożone przez wykonawcę wyjaśnienia* (sygn. akt KIO 1659/10). Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), w którym wskazano, że: *Podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, jeżeli chce ustrzec się przed odrzuceniem złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązany jest do złożenia wyjaśnień na żądanie zamawiającego. (...) Oceny wyjaśnień (...) dokonuje się zgodnie z ogólnymi zasadami rządzącymi oceną dowodów, to jest z uwzględnieniem aktualnego stanu wiedzy, zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania, (...) a (...) na zamawiającego nałożono obowiązek dokonania odpowiednio wnikliwej oceny wyjaśnień – innymi słowy 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 przypadku gdy wyjaśnienia są niedostateczne, zachodzą podstawy do odrzucenia oferty* (tak Sąd Okręgowy w Częstochowie, sygn. akt VI Ca 464/05).

Według Odwołującego, biorąc pod uwagę, że oferty ww. Wykonawców nie zostały odrzucone, nie sposób przyjąć, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych

wyjaśnień, o ile wezwanie do złożenia wyjaśnień i przedłożenie wyjaśnień Zamawiającemu w ogóle nastąpiło. W ocenie Odwołującego nie ma możliwości prawidłowego wykonania zamówienia za zaoferowaną przez ww. wykonawców cenę. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, w tym przede wszystkim usługi dodatkowych przewozów realizowanych na zlecenie Zamawiającego, nie istnieją okoliczności uzasadniające, że cena podana przez ww. Wykonawców zostały prawidłowo skalkulowane i pozwalają na prawidłową realizację zamówienia i osiągnięcie przez wykonawców zysku.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 12 stycznia 2015 r. drogą elektroniczną kopii odwołania – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły, w formie pisemnej, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego od następujących Wykonawców:

- Usługi Transportowe M. W. z Otwocka Wielkiego;
- MKM TRANS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonania obu zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności któregośkolwiek z przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

22 stycznia 2015 r. do Izby wpłynęło (w formie pisemnej) oświadczenie Odwołującego, że cofa odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 55/15.

#### **W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępujących.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....