

Sygn. akt: KIO 2159/13

## WYROK

z dnia 17 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2013 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATA-TECHNIK Sp. z o.o. SKA, os. Cechowe 31, 64-840 Budzyń, „HYDROMEX PLUS” Z. sp.j., ul. Dobrzyńska 151/153, 42-200 Częstochowa

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Bohaterów Getta 9-11 68-200 Żary,

przy udziale **Wykonawcy** - Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o., ul. Towarowa 12-1458-100 Świdnica (**Przystępującego**), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Zamawiającemu** zwrócić się do **Przystępującego** o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **3 939 zł 36 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

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

### **Uzasadnienie**

I. Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Żarach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa i modernizacja sieci oraz urządzeń wodno-kanalizacyjnych w aglomeracji Żary”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 13 lutego 2013 r., poz. 2012/S 48510-2013. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 6 września 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ATA-TECHNIK Sp. z o.o. SKA w Budzynie i „HYDROMEX PLUS” Z. sp.j. w Częstochowie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na zwróceniu się do Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o. z udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, do której Zamawiający był zobowiązania na podstawie Prawa zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpiło Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o. w Świdnicy, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do wykonawcy EKO-WOD o wyjaśnienia celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wskazywał, że nie było podstaw do wzywania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W protokole postępowania określono kwotę wartości szacunkowej na poziomie około 35 milionów 500 tysięcy netto, natomiast w odwołaniu powołano się na kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W odniesieniu do tej kwoty również pozostałe oferty można uznać ewentualnie za zawierające rażąco niską cenę. Podkreśla, że poza ogólnikami Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na rażąco niską cenę. Do oferty nie było obowiązku przedkładania kosztorysu, co miało nastąpić przed podpisaniem umowy. Przystępujący takie kosztorysy przedłożył i wycenił tam wszystkie elementy przedmiotu zamówienia w tym zlewnie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona po przeprowadzeniu wnioskowanej procedury wyjaśniającej w zakresie ewentualności rażąco niskiej ceny – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba uznała, że Przystępujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, mimo zgłoszonej przez Zamawiającego opozycji, w której wskazywał on na brak interesu w przystąpieniu po stronie Odwołującego. Jednak w ocenie Izby interes – o którym mowa w art. 185 ust 3 Prawa zamówień publicznych – w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, po której zgłaszający przystąpienie deklaruje uczestnictwo w postępowaniu, nie może być utożsamiany jedynie z „interese w uzyskaniu zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – gdyby była mowa w obu tych przepisach o interesie tego samego rodzaju, to zakładając racjonalność

ustawodawcy, użyto by takich samych sformułowań. W orzecznictwie zatem powszechnie przyjmuje się, że interes, o którym mowa w art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest znacznie szerszy, niż interes w uzyskaniu zamówienia – może być to jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie na korzyść strony, po której zgłoszono przystąpienie. Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia, a następnie w toku posiedzenia wskazywał, że wnosi o uwzględnienie odwołania. Nie ma zamiaru wycofania się ze złożonej oferty, jednak treść odwołania pozwoliła zweryfikować mu treść oferty i zorientował się, że w skutek omyłki pominął w wycenie część przedmiotu zamówienia. Oświadczając, że zaoferował cenę poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i za zaoferowaną cenę nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia. Oceniając takie stanowisko Przystępującego, Izba stwierdziła, że niezależnie, jakie pobudki kierują Przystępującym, który chce złożyć wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – jeżeli chce uzasadnić zaoferowaną przez siebie cenę – nie można uznać, że nie ma interesu w postulowaniu dokonania takiej czynności. Dlatego Izba nie znalazła powodów, aby stwierdzić, że Przystępujący nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, a szczególności ze stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Faktycznie, rację miał Zamawiający, że różnice w cenach zaoferowanych w postępowaniu, i różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością zamówienia nie implikowały w sposób bezwzględny oczekiwania przez Zamawiającego złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednak na etapie rozstrzygania odwołania nie można pominąć oświadczenia złożonego przez Przystępującego, który sam twierdzi, że za podaną przez niego cenę nie można zrealizować przedmiotu zamówienia. Odwołujący i Przystępujący byli zgodni, że cena oferty Przystępującego jest zaniżona o ok. 7 000 000 zł, co miało wynikać z błędnego podsumowania kwot wynikających z kosztorysów (pominięto wartość jednego kosztorysu). Załączenie kosztorysów nie było do oferty obowiązkowe, Przystępujący miał je złożyć dopiero przed podpisaniem umowy; żadna ze stron nie złożyła ich w toku postępowania odwoławczego do akt sprawy. Zamawiający z kolei twierdził, że suma kosztorysów jest prawidłowa. I Odwołujący, i Zamawiający przedstawili do akt jedynie zsumowanie kwot w określonej wysokości, przy czym kwoty składowe w obu zestawieniach nie były jednakowe. W takiej sytuacji, Izba nie mogła nie nakazać Zamawiającemu zwrócenie się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej

stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Nie można pominąć przy rozstrzygnięciu odwołania oświadczenia Przystępującego, że za zaoferowana przez niego cenę nie da się wykonać przedmiotu zamówienia (takiego oświadczenia wykonawcy nie można byłoby pominąć nawet wówczas, gdyby nie został skutecznie dopuszczony do postępowania odwoławczego). I w ocenie Izby kwestię tę należy wyjaśnić. Zamawiający dysponuje już kosztorysami złożonymi przez Przystępującego, i ma możliwość zweryfikowania ich pod kątem oświadczeń Przystępującego złożonych w toku postępowania odwoławczego. Izba uwzględnia odwołania, w których odwołujący wnoszą o przeprowadzenie procedury opisanej w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w sytuacji, kiedy uprawdopodobni oni, że zaoferowana cena jest rażąco niska. W niniejszym postępowaniu, dzięki oświadczeniu Przystępującego, udowodnienie rażąco niskiej ceny w celu doprowadzenia do uwzględnienia wniosku o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, nie było konieczne.

Nie można nie zauważyć nietypowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia sytuacji, w której dwaj wykonawcy, których oferty powinny konkurować ze sobą, składają zgodne ze sobą oświadczenia, prowadzące być może do wyeliminowania jednego z nich z postępowania. Nie można wykluczyć, że – tak jak na rozprawie sugerował Zamawiający – Przystępujący zamierza się wycofać ze złożonej oferty na rzecz innego wykonawcy. Jednak w niniejszym postępowaniu odwoławczym, Izba rozstrzygając w granicach zarzutów odwołania nie może badać kwestionowanej oferty poza granicami zakreślonymi odwołaniem (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). W świetle podniesionych zarzutów odwołania i stanowisk, w szczególności oświadczeń Przystępującego, w ocenie Izby konieczne jest zwrócenie się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ocena złożonych wyjaśnień pozwoli Zamawiającemu podjęcie decyzji odnośnie oferty Przystępującego. Niewątpliwie złożone wyjaśnienia w tej kwestii i ich ocena przez Zamawiającego będą miały wpływ na wynik postępowania, zatem, zgodnie z art. 192 ust 2 Prawa zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji, odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....

**Przewodniczący:** .....