

Sygn. akt: KIO 588/14

POSTANOWIENIE
z dnia 28 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 28 marca 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez Odwołującego – wykonawcę J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Z.W.K. J..... S....., ul. Planowa 11, 96-500 Sochaczew**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Miasto Sochaczew, ul. 1 Maja 16, 96-500 Sochaczew**

przy udziale wykonawcy B..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **PHU PRIMA B..... G....., Karwowo 8, 96-500 Sochaczew**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,

postanawia:

- 1. odrzucić odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciążyć Odwołującego – wykonawcę J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Z.W.K. J..... S....., ul. Planowa 11, 96-500 Sochaczew** – i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Płocku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Sochaczew, ul. 1-go Maja 16, 69-500 Sochaczew – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Równanie z profilowaniem i zagęszczeniem dróg leszczowych, gruntowych i tłuczniowych (z niwelacją pobocza), wykonanie nawierzchni tłuczniowych dróg (korytowanie, wywóz nadmiaru gruntu, dowóz tłucznia i zagęszczanie), uzupełnianie tłuczniem z wyrównaniem i zagęszczaniem nawierzchni tłuczniowych dróg, asfaltowanie dróg o nawierzchni tłuczniowej wraz z przygotowaniem istniejącej podbudowy, regulowanie do poziomu drogi istniejącej infrastruktury technicznej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lutego 2014 r, pod nr 27205-2014.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (SIWZ, str. 1).

Pismem z dnia 18 marca 2014 r., (data odbioru: 19 marca 2014 r.), Odwołujący – przedsiębiorca J..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.W.K. J..... S....., ul. Planowa 11, 96-500 Sochaczew – został powiadomiony przez Zamawiającego o ofertach złożonych w toku postępowania, przyznanej im punktacji oraz wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z treścią przedmiotowego powiadomienia oferta nr 1 złożona przez SAS-BUD Sp. z o.o., ul. Górczewska 179A, 01-459 Warszawa, uzyskała łącznie 71,45 pkt; oferta nr 2 złożona przez PHU PRIMA B..... G....., Karwowo 8, 96-500 Sochaczew, uzyskała łącznie 97,31 pkt; oferta Odwołującego otrzymała zaś łącznie 65,05 pkt. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż zamówienie uzyskał oferent nr 2.

W dniu 24 marca 2014 r., Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych czynności Zamawiającego, tj. dokonanego, pismem z dnia 18 marca 2014 r., wyboru oferty nr 2. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert oferentów: B..... G..... – PHU PRIMA oraz SAS-BUD Sp. z o.o., jako zawierających rażąco niską cenę i wybór oferty podlegającej odrzuceniu (B..... G..... – PHU PRIMA);

- 2) naruszenie art. 90 ust. 1 oraz nast. ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niezwrócenie się do oferentów: SAS-BUD Sp. z o.o. oraz B..... G..... – PHU PRIMA o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji gdy Odwołujący się wskazał Zamawiającemu konieczność wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAS-BUD Sp. z o.o., jako niespełniającej pkt 2.3.2 SIWZ (brak potwierdzenia warunku doświadczenia – wykonania wskazanych tam zadań).

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności wyboru oferty B..... G..... – PHU PRIMA w związku z tym, iż czynność ta była niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych;
- 2) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej po dokonaniu ponownej oceny ofert;
- 3) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych lub zestawienia złożonego na wyznaczonej rozprawie.

W uzasadnieniu swoich zarzutów i żądań Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia, które uzasadniały, w jego ocenie, zarzut rażącego zaniżenia cen przez konkurencyjnych wykonawców, podkreślił zaniechanie Zamawiającego wszczęcia, w związku z tymi okolicznościami, procedury wyjaśniającej, jak również wskazał na brak załączenia referencji przez wykonawcę SAS-BUD Sp. z o.o. Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że działanie Zamawiającego stanowi naruszenie fundamentalnej zasady prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp.

W myśl przywołanego art. 180 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 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.

Powyższa norma prawna zawiera zamknięty katalog czynności Zamawiającego, wobec których dopuszczalne jest wniesienie odwołania. W tym zamkniętym katalogu czynności zamawiającego nie ma czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przy czym w zakresie rezultatów badania i oceny ofert wykonawcy mogą odwołać się wyłącznie od czynności, które bezpośrednio ich eliminują z postępowania, czyli od wykluczenia ich z postępowania lub odrzucenia ich oferty (por. wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1058/13).

Odwołujący nie postawił żadnych zarzutów, które mieściłyby się w dyspozycji art. 180 ust. 2 Pzp, w szczególności zarzutów dotyczących wykluczenia z postępowania, czy odrzucenia jego oferty. Z treści odwołania – jego petitum, uzasadnienia, jak również załączonych dokumentów nie wynika, by tego rodzaju czynności zostały w ogóle podjęte wobec Odwołującego. Pismem z dnia 18 marca 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom oraz o wyborze oferty złożonej przez PHU PRIMA – B..... G..... . Zarzuty odwołania koncentrują się przede wszystkim na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia wykonawców konkurencyjnych oraz zaniechaniu odrzucenia ich ofert. Stawiane zarzuty Odwołujący opiera w głównej mierze na argumentacji dotyczącej rażąco niskiej ceny, zaniechania wszczęcia wobec konkurencyjnych wykonawców procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, jak również błędnej oceny Zamawiającego, co do spełnienia przez wykonawcę SAS-BUD wymogów przewidzianych w SIWZ w zakresie warunku doświadczenia. Zarzuty podniesione przez Odwołującego nie dotyczą jego sytuacji i oferty, a jedynie odnoszą się do czynności i zaniechań, których w ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się wobec konkurencyjnych wykonawców oraz złożonych przez nich ofert. Przedmiotowe zarzuty pozostają jednak poza zakresem art. 180 ust. 2 Pzp, a tym samym poza kognicją Izby. W konsekwencji, brak było podstaw do przeprowadzenia badania ich zasadności, gdyż Izba w ogóle nie była uprawniona do merytorycznej oceny postawionych w ten sposób zarzutów.

Bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, iż w toku postępowania, pismem z dnia 6 marca 2014 r., Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę na kwestie rażąco niskiej ceny ofert konkurencyjnych wykonawców. Zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Zamawiający nie jest związany dokonany powiadomieniem, a podjęcie

ewentualnych czynności pozostaje zależne wyłącznie od jego dyskrejonalnego uznania. Skierowanie przedmiotowego powiadomienia oraz brak reakcji zamawiającego nie otwiera natomiast możliwości kwestionowania czynności, które pozostają poza zakresem zaskarżenia z art. 180 ust. 2 Pzp.

Odnosząc się końcowo do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego należy wyjaśnić, że Izba nie jest organem powołanym do ogólnej kontroli działalności zamawiającego, a odwołanie – w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych – nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem (por. wyrok KIO z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2396/12, wyrok z dnia 10 października 2012 r., sygn. akt KIO 2037/12; KIO 2047/12). Kontrolę udzielania zamówień przeprowadza Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, a celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami Prawa zamówień publicznych (art. 161 ust. 1 i 2 Pzp). W ramach tych uprawnień i obowiązków Prezes UZP może m.in. wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 Pzp).

Ponadto, należy wskazać, iż jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest m.in. uprawniony do samodzielnego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, jeśli dostrzeże, że uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy.

Jednocześnie, niezależnie od konieczności odrzucenia wniesionego odwołania, należy zaznaczyć, iż w dniu 27 marca 2014 r., przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego wniósł wykonawca PHU PRIMA B..... G....., który w treści złożonego pisma wyjaśnił m.in., że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie pozycji zawartych w pkt a, b i g oferty. W określonym przez Zamawiającego terminie wykonawca złożył wyjaśnienia. Dla potwierdzenia przedmiotowych okoliczności załączone zostało pismo Zamawiającego z dnia 13 marca 2014 r., stanowiące wezwanie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, jak również odpowiedź na wezwanie z dnia 14 marca 2014 r.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 189 ust. 3 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238).

Przewodniczący: