

Sygn. akt: KIO 1836/17

**WYROK**

**z dnia 19 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Anna Chudzik**

**Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 14 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 września 2017 r. przez **wykonawcę N. – Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AZI-BUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Będzinie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę N. – Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Nowak – Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **wykonawcy N. – Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 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 **Warszawa – Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostosowanie st. Dąbrowa Górnicza Ząbkowice dla potrzeb osób z ograniczoną możliwością poruszania się”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca N. – Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 4 września 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej wykonawcy EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wyłonionej niezgodnie z przepisami, tj. podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum AZI-BUD, a także nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Odwołującego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AZI-BUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Będzinie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika 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. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

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

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, jakoby Odwołujący nie miał legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, że wynagrodzenie wykonawcy przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w przypadku, gdyby oferta Odwołującego w wyniku rozstrzygnięcia Izby stała się najkorzystniejsza, na moment rozpoznawania odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny i zależy od przyszłej oceny możliwości zwiększenia budżetu przez Zamawiającego. Takie przyszłe i niepewne zdarzenie nie może prowadzić do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Nie można odmówić wykonawcy możliwości korzystania z tych środków tylko dlatego, że Zamawiający gołostownie oświadcza, że nie zwiększy budżetu, zwłaszcza że kwestia możliwości takiego zwiększenia będzie podlegała ocenie na moment podjęcia decyzji w tym przedmiocie.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 4 września 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 7 września 2017 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia AZI-BUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Będzinie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AZI-BUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Będzinie (zwany dalej również: „Przystępującym”).

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

Przedmiotem zamówienia jest: „Dostosowanie st. Dąbrowa Górnicza Ząbkowice dla potrzeb osób z ograniczoną możliwością poruszania się”.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, TOM I Instrukcje dla Wykonawców (IDW), str. 2/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Pkt 13 Opis sposobu obliczania ceny

Ppkt 13.1 Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług .

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, TOM I Instrukcje dla Wykonawców (IDW), str. 8-9/.*

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- |  |                          |
|--|--------------------------|
| 1) Przystępujący:  | 8.240.518,45 zł brutto,  |
| 2) Odwołujący:   | 10.920.669,25 zł brutto, |
| 3) ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie   | 14.514.000,00 zł brutto, |
| 4) Przedsiębiorstwo Usług Teletechnicznych<br>INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu | 14.760.541,70 zł brutto, |
| 5) Konsorcjum: ARMEX Sp. z o.o. oraz<br>Kolejowe Zakłady Automatyki                      | 14.388.637,20 zł brutto  |

*/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 18 Najkorzystniejsza oferta, str. 10/.*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2017 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 31 lipca 2017 r./.*

Przystępujący pismem z dnia 3 sierpnia 2017 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 3 sierpnia 2017 r./.*

Dodatkowo Zamawiający pismem z dnia 7 sierpnia 2017 r. wezwał Przystępującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących pozycji RCO nr 3, 5, 6, 7, 13 w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 7 sierpnia 2017 r./.*

Przystępujący pismem z dnia 9 sierpnia 2017 r. udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień oraz złożył szczegółowy kosztorys dla wymaganych pozycji.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 9 sierpnia 2017 r./.*

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AZI-BUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Będzinie

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 sierpnia 2017 r./.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca N. – Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej wniósł odwołanie w dniu 4 września 2017 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy N. – Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej z dnia 4 września 2017 r. /.*

Zamawiający pismem z dnia 14 września 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 14 września 2017 r./.*

Ponadto Przystępujący pismem z dnia 12 września 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Przystępującego na odwołanie z dnia 12 września 2017 r./.*

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

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (rażąco niskiej ceny) wobec przedstawionej argumentacji należy uznać za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na okoliczność, że Zamawiający wystąpił do Przystępującego o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący – wobec wezwania – złożył stosowne wyjaśnienia. W ocenie Izby Przystępujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, tak co do ceny oferty ogółem, jak i w odniesieniu do części składowych. Wykonawca wskazał sposób kalkulacji ceny. Dokonana przez wykonawcę kalkulacja była prawidłowa i odzwierciedlała sposób kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca jednocześnie zastrzegł niniejsze wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, dlatego Izba nie może odnieść się w sposób szczegółowy do złożonych wyjaśnień, ze względu na zastrzeżenie ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niemniej jednak zgodzić należało się z Zamawiającym, że zarówno zaoferowana przez Przystępującego cena, jak również jej części składowe nie budziły wątpliwości co do możliwości wykonania całego przedmiotu zamówienia. Zgodzić należało się również, że odnoszenie się do poszczególnych cen w wymienionych branżach - na które powołał się Odwołujący, a które nie stanowiły istotnych części składowych przedmiotu zamówienia wydaje się całkowicie bezzasadne.

W ocenie Izby w żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że wskazane przez niego części składowe stanowią istotną część przedmiotu zamówienia. Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że istotna część składowa to taka, której wysokość wprost determinuje wysokość ceny. Jak zauważył Zamawiający wysokość pozycji „Dokumentacja” w kosztorysach złożonych przez poszczególnych wykonawców opiewała na mniej niż 1% (od 0,15% do 0,76%). Zgodzić należało się, że nie doszło zatem do zaniżenia istotnej części składowej ceny.

Ponadto koszt Certyfikacji urzędzeń oraz budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego stanowił około 2% (od 0,22% do 1,6% całkowitej ceny oferty) wysokości globalnych zaoferowanych cen. Nie bez znaczenia w niniejszej sprawie ma również to, że

Zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe. Jednocześnie Zamawiający – co jest istotne w niniejszej sprawie - nie zastrzegł w specyfikacji sposobu kalkulacji. Wykonawcy mieli swobodę w przenoszeniu kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami, a każdy z wykonawców mógł dokonać kalkulacji według własnego uznania. Zamawiający nie wprowadził w specyfikacji żadnych elementów granicznych, którymi mógłby być związany, co do wartości poszczególnych pozycji. Gdyby przyjął stanowisko Odwołującego za słuszne, to jego oferta również – w zaistniałym stanie faktycznym - musiałaby być uznana za rażąco niską. W konsekwencji nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że złożenie

oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec tego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AZI-BUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Będzinie.

Odnosząc się do złożonych dowodów – kalkulacji, zestawień, ofert innych podmiotów – należało uznać, że niniejsze dowody odnoszą się do postępowań historycznych, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał związku i wpływu składanych dowodów na niniejsze postępowanie i kalkulację Przystępującego. Ponadto należy zauważyć, że Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązana jest do badania czynności Zamawiającego – a w tym przypadku do zbadania, czy złożone wyjaśnienia przez Przystępującego potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone kalkulacje, zestawienia, oferty jednak nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oceny – wobec brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – mogą być wyłącznie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Tym samym w rozpoznawanej sprawie złożone dowody należało uznać jako bezprzedmiotowe.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....