

Sygn. akt: KIO 1197/19

Sygn. akt: KIO 1200/19

## WYROK

z dnia 9 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Brzeska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 24 czerwca 2019 r. przez **wykonawców: 1) WM M. W. z siedzibą w Gródku nad Dunajem oraz 2) BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodzie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych we Wrocławiu**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu numer I i III i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy DREW-KOR R. K. z siedzibą w Oplu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska;**
2. **W pozostałym zakresie odwołania oddala;**
3. **Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
  - 1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę WM M. W. z siedzibą w Gródku nad Dunajem oraz wykonawcę BKW Usługi**

**Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodzie** tytułem wpisów od wniesionych odwołań, w tym,

- A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WM M. W. z siedzibą w Gródku nad Dunajem** tytułem wpisu od odwołania;
  - B) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodzie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od Zamawiającego kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz **Odwołujących** stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:
- A) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego: WM M. W. z siedzibą w Gródku nad Dunajem** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
  - B) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego: BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodzie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt KIO 1197/19**

**Sygn. akt KIO 1200/19**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych( t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Wykaszenie traw, wycinka krzaków, oczyszczanie rowów obudowanych i nieobudowanych, oczyszczanie przepustów wraz z uporządkowaniem terenu wzdłuż linii kolejowych*”.

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

Wykonawcy WM M. W. z siedzibą w Gródku nad Dunajem oraz BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodzie (zwanych dalej odpowiednio: „*Odwołującym WM*” oraz „*Odwołującym BKW*”) w dniu 24 czerwca 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołania – odpowiednio dla zadań I i III - na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy DREW- KOR R. K., oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz jego wykluczenie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 i 6 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty wykonawcy DREW-KOR R. K. z SIWZ oraz niezgodność oferty ww. wykonawcy z uwagi na niewykazanie w wyjaśnieniach, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty wykonawcy DREW-KOR R. K., odrzucenie oferty ww. wykonawcy w pakiecie numer I i III, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podstawą wniesienia niniejszych odwołań była czynność Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2019 r. t.j. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy DREW-KOR R. K. w pakiecie numer I i III.

Pismem z dnia 2 lipca 2019 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, wnosząc o ich oddalenie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: DREW-KOR R. K. - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołania, 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 obu odwołań 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 ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 25 czerwca 2019 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w – w terminie przewidzianym w ustawie – nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Wykaszanie traw, wycinka krzaków, oczyszczanie rowów obudowanych i nieobudowanych, oczyszczanie przepustów wraz z uporządkowaniem terenu wzdłuż linii kolejowych”*. Postępowanie zostało podzielone na części.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w dniu 30 maja 2019 r. dla części I i III zwracał się do wykonawcy DREW- KOR R. K. z siedzibą w Opolu o wyjaśnienia czy zaofferowana cena nie jest rażąco niska, zaś w dniu 3 czerwca 2019 r. wykonawca DREW- KOR R. K. z siedzibą w Opolu udzielił Zamawiającemu odpowiedzi.

W dniu 14 czerwca 2019 r. Zamawiający dla zadania nr I i III dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy DREW- KOR R. K. z siedzibą w Opolu.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Wykonawcy WM M. W. z siedzibą w Gródku nad Dunajem oraz BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodzie wnieśli odwołania w dniu 24 czerwca 2019 r.

Pismem z dnia 2 lipca 2019 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, uwzględniając odwołanie w całości.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

Głównym zarzutem obu odwołań był zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie zaoferowania ceny rażąco niskiej dla zadania nr I i III przez wykonawcę DREW- KOR R. K. z siedzibą w Opolu w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za zasadny.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że wykonawca DREW- KOR R. K. poprzez złożone wyjaśnienia z dnia 3 czerwca 2019 r. nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena (dla obu zadań I i III) nie jest rażąco niska. Zgodzić należało się z Odwołującym, że obowiązkiem wykonawcy jest staranne przygotowanie wyjaśnień, tak aby bez wątpliwości wskazywały one na realność ceny oferty. Złożone wyjaśnienia powinny być jasne i rozwiewać wątpliwości w zakresie określonym przez zamawiającego w treści wezwania, co nie miało miejsca w tym stanie faktycznym. Zgodzić należało się, że wykonawca nie przedstawił realnych kosztów pracy. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę polegały na rozbiciu kosztów ujętych w ofercie - na koszty związane z pracownikami, koszty paliwa, sprzętu, materiały eksploatacyjne) - które to w ocenie Izby jest niewystarczające i nie rozwiewa wątpliwości, wynikające z przyjętej przez wykonawcę ceny oferty. Odwołujący uprawdopodobnił okoliczność, że wykonawca na moment składania oferty nie posiada wykwalifikowanego personelu. Wykazane zostało przez Odwołującego, że biorąc pod uwagę posiadany personel wykonawca może nie zrealizować niniejszego zamówienia, zatem zaoferowana cena nie jest realna. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach zawarł bardzo ogólne stwierdzenie i koszt w kwocie 500 zł dotyczący kosztów związanych z wynagradzaniem pracowników, premii. Ponadto wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami oraz są ogólne. Niewystarczające jest twierdzenie Zamawiającego, że wykonawca zrealizował podobne zamówienie na jego rzecz, gdyż to wykonawca składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana

przez niego cena nie jest rażąco niska. Za ogólnikowe należy również uznać twierdzenia wykonawcy o ogromnym doświadczeniu, znajomości i doświadczeniu w poruszaniu się po obszarze zamówień publicznych, zaś niepoparte dowodami twierdzenia co do nowoczesnego parku maszynowego czy też zespołu pracowników. Ponadto wykonawca nie złożył żadnych umów o pracę, szczegółowego kosztorysu potwierdzającego zaoferowaną cenę, żadnych dowodów potwierdzających jego kalkulację. Zatem zgodzić należało się, że przyjęta kalkulacja jest jedynie gołosłownym oświadczeniem wykonawcy.

Dodatkowo – co również potwierdza stanowisko Izby wyrażone powyżej – zwrócić należy uwagę na treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, z którego wynika że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, który ją złożył. W ocenie Izby wykonawca DREW – KOR R. K. z siedzibą w Opolu – w przedstawionym stanie faktycznym – nie wykazał poprzez złożone wyjaśnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego był zobowiązany przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania I i III oraz odrzucenie oferty wykonawcy DREW – KOR R. K. z siedzibą w Opolu – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W ocenie Izby nie została wykazana zasadność postawionych przez Odwołującego zarzutów w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 ustawy Pzp, zaś potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp dotyczący złożonego oświadczenia w przedmiocie spełniania warunków udziału, które to oświadczenie nie zostało de facto przez wykonawcę DREW-KOR R. K. złożone w tym postępowaniu, jednak ze względu na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie istniała konieczność wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż potwierdzenie się tego zarzutu nie miało wpływu na wynik tego postępowania, zatem z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odnoszących się do złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr I i III oraz odrzucenie oferty wykonawcy DREW – KOR R. K. z siedzibą w Opolu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Bez znaczenia w niniejszym stanie faktycznym – wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – zarzut naruszenia art. 90 ust. 1, gdyż wobec wezwania przez Zamawiającego wykonawcy o wyjaśnienia Izba nie znalazła podstaw do ponownego wzywania o dodatkowe wyjaśnienia.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 3 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) 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 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisów od obu odwołań oraz wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 37.200 zł.

**Przewodniczący:**

.....