

POSTANOWIENIE

z dnia 8 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **8 lipca 2011 r.** bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 lipca 2011 r.** przez wykonawcę: **Jerzego Grajczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowo-Uslugowa "EKO-TAP" Jerzy Grajczyński, ul. Dąbrowszczaków 20, 80-299 Gdańsk**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku, ul. M. Skłodowskiej - Curie 3A, 80-210 Gdańsk.**

przy udziale wykonawcy:

- **„Miech-Bud” Zakładu Budowlano-Remontowego Marek Stobierski z siedzibą przy ul. Mozarta 32, 80-166 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Jerzego Grajczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą: Firma Handlowo-Uslugowa "EKO-TAP" Jerzy Grajczyński, ul. Dąbrowszczaków 20, 80-299 Gdańsk**, oraz:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - **Jerzego Grajczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą: Firma Handlowo-Uslugowa "EKO-TAP" Jerzy Grajczyński, ul. Dąbrowszczaków 20, 80-299 Gdańsk**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Ocieplenie ścian zewnętrznych wraz z wykonaniem elewacji oraz ociepleniem dachów Collegium Biomedicum w Gdańsku przy ul. Dębinki 1” (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 kwietnia 2011 roku, pod numerem 123113), w dniu 1 lipca 2011 r. zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Jerzego Grajczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą: Firma Handlowo-Usługowa "EKO-TAP" Jerzy Grajczyński z siedzibą w Gdańsku, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia odwołującego w dniu 27 czerwca 2011 r. za pośrednictwem faksu o wyborze oferty najkorzystniejszej - wykonawcy: Marka Stobierskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „Miech-Bud” Marek Stobierski, z siedzibą w Gdańsku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gdańskiemu Uniwersytetowi Medycznemu w Gdańsku naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), tj:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z 45 ust 7 ustawy, przez nie odrzucenie oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z powodu nieprawidłowej formy wniesienia wadium oraz przekroczenia terminu jego wniesienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, przez nie odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny,
- art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez nie odrzucenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ z powodu braku odpowiednich referencji,
- naruszenie art. 7 ustawy, tj. zasady równego traktowania oferentów i uczciwej konkurencji, przez niezgodny z SIWZ oraz ustawą wybór oferty firmy: „Miech-Bud” Zakład Budowlano-Remontowy Marek Stobierski z siedzibą w Gdańsku

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty, która została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu

- powtórzenia zaskarżonej czynności,
- dokonania powtórnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i uznanie za taką oferty złożonej przez odwołującego,

Ponadto odwołujący wnosił o:

- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego: obejmujących ustanowienie pełnomocnika w wysokości i na podstawie dokumentów potwierdzających ich poniesienie, które zostaną złożone na rozprawie, opłaty skarbowej w kwocie 17 zł. oraz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący ponosił co następuje.

Zamawiający stosownie do art. 45 ust. 3 w zw. z art. 45 ust 7 ustawy Pzp zażądał wadium od wykonawców. Cytowany artykuł przewiduje, iż „wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego” przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie zobowiązuje do dostarczenia historii rachunku bankowego z dnia przetargu tj. 9 maja 2011 r., gdyż w przedmiotowej sprawie jako dowód złożona została tylko korespondencja mailowa pomiędzy zamawiającym, a bankiem. Według powyższego, zamawiający w SIWZ (pkt VII 4 SIWZ. Termin i sposób wnoszenia wadium w pieniądzu) zażądał również, by na dokumencie przelewu był dopisek: „Wadium w przetargu na ocieplenie ścian zewnętrznych wraz z wykonaniem elewacji oraz ociepleniem dachów Collegium Biomedicum NrZP/34/2011. Ponadto, zamawiający określił w SIWZ, by kopia potwierdzenia wpłaty wadium stanowiła załącznik do oferty. Dodatkowo, na sprawie w poprzednim postępowaniu dotyczącym tego samego zamówienia z dnia 7 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1123/11 został złożony dowód przez zamawiającego na to, że wadium firmy „Miech-Bud” nie wpłynęło w terminie jak określała SWIZ. Wadium należało jako załącznik złożyć do oferty do godziny 9:00 do dnia 9 maja 2011 r., przy czym otwarcie ofert nastąpiło o godzinie 10:00. Natomiast potwierdzenie wpłaty wadium firmy „Miech-Bud” na konto zamawiającego wpłynęło po przetargu po godzinie 12:00. W związku z powyższym, odwołujący podnosił, iż wadium musi być wniesione najpóźniej do upływu terminu składania ofert oraz musi obowiązywać przez cały okres związania ofertą. Okres związania ofertą i warunki jego przedłużania określa art. 85 ustawy Pzp i w przypadku nie wniesienia wymaganego w postępowaniu wadium ustawa Pzp przewiduje wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 tej ustawy. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pz ofertę takiego wykonawcy zamawiający traktuje jak odrzuconą.

Kolejnym zarzutem odwołującego była kwestia ceny oferty złożonej przez firmę „Miech-Bud.” Dyspozycja art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że cena jest zawsze jedynym lub jednym z kryteriów oceny ofert. Natomiast z art. 92 ust. 1 tej ustawy wynika, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert

określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący argumentował, iż fakt, że zamawiający jest zobowiązany wybrać ofertę najkorzystniejszą nie zawsze oznacza ofertę z najniższą ceną. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na orzecznictwo w tym zakresie, w którym przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług, dostaw lub robót budowlanych. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości (wyrok zespołu arbitrów z 5 lutego 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-98/07, oraz wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07). Odwołujący wskazywał na istotność właściwej oceny wysokości ceny zawartej w ofercie jako rażąco niskiej (badanie wstępne), gdyż w przypadku uzasadnionych wątpliwości w tym zakresie zamawiający powinien wszcząć, na podstawie art. 90 ustawy Pzp, szczegółową procedurę wyjaśniającą w celu ustalenia możliwości odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy. Jeśli, zatem cena danego wykonawcy w zestawieniu z cenami zaproponowanymi przez innych wykonawców, kalkulacją zamawiającego lub ceną rynkową wydaje się rażąco niska, zamawiający stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest zobowiązany odrzucić taką ofertę.

Odwołujący wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu cena wybranej oferty jest drastycznie niższa niż cena odwołującego, czy szacunku zamawiającego.

- kwota wartości szacunkowej - 6 916 110 zł brutto,
- kwota proponowana przez odwołującego - 4 301 310 zł brutto,
- kwota proponowana przez firmę „Miech-Bud” - 2 679 000 zł brutto.

Odwołujący argumentował, że zamawiający zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powinien zażądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wezwał w wyznaczonym terminie, do złożenia oświadczeń wykonawcy, firmy „Miech-Bud,” ani nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego w sprawie ustalenia czy kwota proponowana przez oferenta jest ceną rażąco niską. Biorąc pod uwagę powyższe oraz działanie zgodne z przepisami ustawy Pzp, w ocenie odwołującego, zamawiający zgodnie 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest zobowiązany odrzucić taką ofertę, jako zawierającą rażąco niską cenę. Natomiast oferta odwołującego spełnia wymogi określone w SIWZ, nie nosi znamion oferty z rażąco niską ceną, jest najkorzystniejszą ofertą, dlatego powinna zostać wybrana.

Ponadto, odwołujący zarzucał zamawiającemu, że oferta uznana za

najkorzystniejszą, nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. Podważał brak doświadczenia firmy „Miech-Bud” w realizacji wykonania zamówień dotyczących robót budowlanych. Wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w SIWZ postawił warunek, że o przedmiotowe zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania wykonali dwa zamówienia po jeden milion złotych netto każde z nich, z podaniem adresu budowy oraz datą wykonania zamówienia. Zwrócił uwagę, iż na referencje firmy „Miech-Bud” z 2006 roku składa się pięć odrębnych umów oraz w 2007 pięć odrębnych umów, czyli każdorazowo zawarto pięć odrębnych zamówień na wykonanie tych prac. Z otrzymanego potwierdzenia referencji firmy „Miech-Bud,” przesłanego przez Zarząd Powszechnej Spółdzielni Mieszkaniowej „PRZYMORZE,” dla których wykonane były te roboty wynika, że podane wartości prac w latach 2006-2007 stanowią sumę wartości zamówień w danym roku z umów podpisanych z firmą „Miech-Bud” przez PSM „PRZYMORZE,” zgodnie z wynikami przetargów w danym roku. Powyższe jak argumentował odwołujący, oznacza, że firma „Miech-Bud” nie wykonała we wskazanym okresie jednej umowy na łączną sumę jednego miliona zł. netto, tylko pięć odrębnych zamówień każdego roku składających się na referencje, tym samym nie spełniła wymogów SIWZ określonych przez zamawiającego. Zamawiający na podstawie takich referencji nie jest w stanie ocenić wiedzy i doświadczenia potrzebnego do wykonania tak dużego zamówienia, jakim jest ocieplenie ścian zewnętrznych wraz z wykonaniem elewacji oraz ociepleniem dachów budynku Collegium Biomedicum przy ul. Dębinki 1 w Gdańsku. W związku z powyższym, odwołujący podnosił, iż firma „Miech-Bud” nie posiada wystarczających oraz nie budzących wątpliwości referencji. Jeżeli oferta wykonawcy nie spełnia wymogów SIWZ, zamawiający zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 tej ustawy ma obowiązek taką ofertę odrzucić.

Dodatkowym pismem skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2011 r. nazwanym „Uzupełnieniem odwołania z dnia 1 lipca 2011 r.” odwołujący wnosił o uzupełnienie złożonego odwołania o następujący zarzut: ”naruszenia terminu dotyczącego związania wyżej wymienioną ofertą.”

W uzasadnieniu swego wniosku, odwołujący przytoczył regulacje prawne, odnoszące się do instytucji związania ofertą. Podkreślał, że w przedmiotowym postępowaniu termin związania ofertą zamawiający określił na 30 dni. Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Odwołujący wyjaśniał, że w niniejszym postępowaniu w dniu 9 maja 2011 r. miało

miejsce otwarcie ofert. Dnia 9 czerwca 2011 r. zamawiający wystąpił do odwołującego o przedłużenie tego terminu. Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, zamawiający najpóźniej dnia 6 czerwca 2011 r., powinien zwrócić się do odwołującego o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający natomiast, wystąpił z wnioskiem do odwołującego 3 dni po terminie, tym samym naruszył wyżej cytowane przepisy ustawy zamówień publicznych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 lipca 2011 r., pismem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wniesionym w ustawowym terminie, tj. 4 lipca 2011 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego, wybrany wykonawca: „Miech-Bud” Zakład Budowlano-Remontowy Marek Stobierski z siedzibą w Gdańsku, który powołując się na interes w utrzymaniu czynności zamawiającego wyboru jego oferty, wnosił o odrzucenie odwołania.

Rozpatrując sprawę na posiedzeniu bez udziału stron, Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania. Ponadto Izba dopuściła w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp dowód z akt postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1123/11.

Z protokołu postępowania wynika, iż szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. Rozporządzenia Prezesa RM z 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów (...) (Dz. U. Nr 224, poz. 1795), i wynosi 5 622 653,30 zł, co stanowi równowartość 1 464 614,04 euro. Z wymienionych względów odwołanie przysługuje jak stanowi art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Z treści odwołania wynika, że zostało ono wniesione na wybór oferty konkurencyjnego wykonawcy Marka Stobierskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „Miech-Bud” Marek Stobierski, z siedzibą w Gdańsku.

Z tych względów odwołanie jest niedopuszczalne i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Ponadto w niniejszym postępowaniu odwołujący podnosi te same zarzuty, które przywoływał w swoim przystąpieniu do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt

KIO 1123/11 z dnia 1 czerwca 2011 r., pisząc w odniesieniu do oferty wybranego wykonawcy „Miech-Bud” Marek Stobierski: „Wobec faktu, iż Wykonawca dopatrył się również i innych uchybień po stronie Odwołującego, pismem z dnia 27 maja 2011 r., kierując się treścią przepisów art. 181 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych, wskazał on na trzy różne przyczyny, które winny skutkować wykluczeniem Odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub też odrzuceniem jego oferty, niezależnie od przyczyn wskazanych w decyzji Zamawiającego. Powyższe braki to:

- 1) uchybienie terminowi wniesienia wadium, albowiem jakkolwiek Odwołujący się przelał środki pieniężne w dacie przetargu, to jednak wpłynęły one na rachunek już po zakreślonej godzinie składania ofert,
- 2) Odwołujący się nic wykonał w okresie ostatnich pięciu lat dwóch zamówień dotyczących ocieplenia ścian zewnętrznych budynków wraz z wykonaniem elewacji, w sytuacji w której wartość zamówień nie mogła być niższa niż 1 000 000,00 zł netto,
- 3) zaproponowana przez Odwołującego się cena jest rażąco zaniżona, bowiem przewidziane wartości na zakup materiałów są zaniżone o kilkadziesiąt procent w stosunku do aktualnych wartości rynkowych, w niektórych zaś wypadkach ceny są niższe nawet kilkukrotnie od obowiązujących stawek.

Opisane przez Wykonawcę uchybienia stanowią nie tylko naruszenie określonych przez Zamawiającego warunków zamówienia, lecz także ustawy o zamówieniach publicznych.”

Stosownie do przepisu art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca został upoważniony do poinformowania 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 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, iż odwołujący był świadomy, iż w zakresie zarzutów podnoszonych w rozpatrywanym odwołaniu, legitymacja do skorzystania z tego środka ochrony prawnej mu nie służy.

Tak samo zarzut podnoszony w piśmie z dnia 4 lipca 2011 r., nazwanym „Uzupełnieniem odwołania z dnia 1 lipca 2011 r.,” dotyczący naruszenia przez zamawiającego terminu wezwania o przedłużenie terminu związania odwołującego złożoną ofertą, nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, zarzut taki gdyby był dopuszczalny, należałoby uznać również za spóźniony, w myśl regulacji art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp i nie podlegający rozpatrzeniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1123/11 uwzględniła odwołanie wykonawcy Zakład Remontowo-Budowlany „Miech-Bud” Marek Stobierski, z siedzibą w Gdańsku na czynność odrzucenia jego oferty i nakazała

powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Zatem odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, i na które nie przysługuje wniesienie odwołania, jak stanowi art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Z powyższych względów należało uznać, iż zachodzi zbieg postaw prawnych do odrzucenia wniesionego odwołania. Zaistnienie chociażby jednej z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które skład orzekający ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłaszanych zarzutów.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Zgodnie 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. Nr 41, poz. 238), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uiszczony wpis w danej sprawie.

Według postanowień § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....