

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 4 marca 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 marca 2013 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2013 roku przez **M..... B.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... w Jarosławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AVR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, AVR S.p.A w Rzymie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **M..... B.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... w Jarosławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M..... B.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... w Jarosławiu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksowe – zimowe i letnie – utrzymanie w systemie „Utrzymaj standard” autostrady A4 na odcinku od węzła Jarosław Zachód do Korczowej (Granica Państwa) w latach 2012-2018.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 26 lutego 2013 roku M..... B....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... w Jarosławiu, wniósł odwołanie na czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego się, która nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez jego niezastosowanie w toku ponownej oceny ofert,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez wybór oferty nie zawierającej najniższej ceny, zatem sprzecznie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz),
- art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 K.c. – poprzez skorzystanie z prawa wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp niezgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem
- art. 7 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący się wniósł o:

- a) Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego,
- b) nakazanie zamawiającemu dokonanie czynności powtórnego badania i oceny oferty odwołującego oraz zwrócenie się do odwołującego o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ewentualnie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp
- c) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania (w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego) według norm przepisanych
- d) przeprowadzenie wskazanych dowodów.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w dniu 15 stycznia 2013 roku w sprawie KIO 2907/12 Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (złożonej przez odwołującego się) i dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że zgodnie z art.90 ust.3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z powyższego przepisu wynika, że wolą ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom złożenia wyjaśnień, w tym wraz z przedłożeniem stosownych dowodów na okoliczność braku istnienia rażąco niskiej ceny. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach z dobrodziejstwa powyższego przepisu nie skorzystał udzielając odpowiedzi w sposób bardzo ogólny, lakoniczny i nieobalający domniemania rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby z uwagi na nieprecyzyjność i znaczny stopień ogólności wyjaśnień Przystępującego niepopartych żadnymi dowodami należy uznać, że zamawiający miał obowiązek odrzucenia jego oferty na zasadzie przepisu art.89 ust.1 pkt. 4 w związku z art.90 ust.5 ustawy Pzp. Izba stwierdziła przy tym, że przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu na etapie wszczętego postępowania wyjaśniającego zaprzeczającego istnieniu rażąco niskiej, a w szczególności dowodu z dokumentów na potwierdzenie istnienia okoliczności o charakterze obiektywnym. Powyższy stan rzeczy, którego następstwem powinno być odrzucenie oferty Przystępującego nie uzasadnia – według zapatrywania Izby – możliwości przeprowadzenia dodatkowego postępowania dowodowego na okoliczność wystąpienia bądź nie rażąco niskiej ceny.

W myśl art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu.

Negatywna przesłanka procesowa, wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, oznacza, że czynność wykonana w zgodzie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu okręgowego rozpoznającego skargę nie może być już przedmiotem odwołania. Norma prawna wyrażona w tym artykule. stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym, mającej swoje źródło w procedurze cywilnej, zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Zapobiega ona ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie.

W sprawie KIO 2907/12 Izba orzekła, iż odwołujący się (wówczas przystępujący) złożył zbyt ogólne i lakoniczne wyjaśnienia, nie uzasadniające stwierdzenia, iż zaoficerowana przez odwołującego się cena nie jest rażąco niska. Izba orzekła również, iż taki stan rzeczy, którego następstwem powinno być odrzucenie oferty odwołującego się, nie uzasadnia możliwości przeprowadzenia dodatkowego postępowania dowodowego na okoliczność wystąpienia bądź nie rażąco niskiej ceny.

Z powyższego wynika, iż zamawiający obowiązany był odrzucić ofertę odwołującego się jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Brak jest również podstaw do twierdzenia, że w rozpoznawanym przypadku zamawiający winien był wezwać wykonawcę do ponownych wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny. Wezwanie takie pozostawałoby w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem naruszałoby zasadę równego wykonawców.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....