

Sygn. akt KIO 741/10

**WYROK**  
z dnia 17 maja 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie: **Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

przy udziale protokolanta: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 kwietnia 2010 r. przez **Włodzimierza Kowalczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Konstrukcyjno-Budowlane „Inkobud” Włodzimierz Kowalczyk, ul. Legnicka 37, 59-500 Złotoryja** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Wojcieszów, ul. Poczтова 1, 59-550 Wojcieszów**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Włodzimierza Kowalczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Konstrukcyjno-Budowlane „Inkobud” Włodzimierz Kowalczyk, ul. Legnicka 37, 59-500 Złotoryja** i nakazuje:

1)zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Włodzimierza Kowalczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Konstrukcyjno-Budowlane „Inkobud” Włodzimierz Kowalczyk, ul. Legnicka 37, 59-500 Złotoryja** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Wojcieszów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pod nazwą „Kompleksowa budowa i modernizacja infrastruktury wodno-ściekowej w Gminie Wojcieszów. Zadanie 1 - Modernizacja istniejącej sieci wodociągowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP i zamieszczono w dniu 15.03.2010r. pod numerem ogłoszenia: 73376 - 2010.

Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniającego w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. Pismem z dnia 9.04.2010r. Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W szczególności Zamawiający prosił o odniesienie się do takich elementów mających wpływ na wartość oferty jak : koszty materiałów, kosztów robocizny i sprzętu, rodzaju(typów, producentów) zastosowanych materiałów. Jednocześnie Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia przedmiotowych wyjaśnień wraz z dowodami na piśmie w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15.04.2010r. do godz. 12.00.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 12.03.2010r. wyjaśnił, iż „występująca obecnie znikoma podaż na rynku zamówień budowlanych powoduje konieczność racjonalizacji kosztów ponoszonych przez firmy działające w tym segmencie usług oraz szukania metod i rozwiązań optymalizujących procesy inwestycyjne”. Odwołujący w tym piśmie zauważył, że „ze względu na wieloletnie doświadczenie w realizacji zamówień odpowiadających swoim charakterem i złożonością przedmiotowemu zamówieniu, firma Inkobud wypracowała metody realizacji zamówień na roboty budowlane pozwalające na skrócenie okresu realizacji, zwiększenia wydajności pracy poprzez akordowy system wynagradzania czy też wykorzystanie będącego w naszej dyspozycji nowoczesnego potencjału sprzętowego”. Ostatecznie wyjaśnił on, że „pozwała to na optymalizację kosztów realizacji inwestycji i zaoferowanie ich wykonania na bardzo konkurencyjnych warunkach”.

W dniu 22 kwiecień 2010 r. Odwołujący - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Konstrukcyjno-Budowlane INKOBUD Włodzimierz Kowalczyk otrzymał w sposób przewidziany w art. 27 ust 2 ustawy Pzp (za pośrednictwem faksu) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu złożonej przez niego oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Z przedmiotowymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i wniósł w dniu 27 kwietnia 2010r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o:

- 1) Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty,
- 2) Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W swoim uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana za wykonanie przedmiotu zamówienia cena ma charakter ceny rażąco niskiej.

Odwołujący zauważył, iż prawidłowość dokonanego przez zamawiającego oszacowania wartości zamówienia budzi poważne wątpliwości biorąc pod uwagę chociażby fakt, iż nawet druga w rankingu cenowym oferta (uznana za najkorzystniejszą) opiewa na kwotę stanowiącą niespełna 58% wartości przyjętej przez zamawiającego. Zwrócił uwagę, że również oferta najdroższa złożona w postępowaniu nie przekraczała 60% kwoty na jaką zamawiający oszacował wartość zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien wykazać, że zaoferowana cena nie odzwierciedlała poziomu cen obowiązujących na rynku. Przeprowadzona „analiza” cen obowiązujących na rynku dla analogicznych robót budziła poważne wątpliwości. Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, iż jako punkt odniesienia przyjmuje ceny wyliczone na podstawie Katalogu Cen Jednostkowych Robót i Obiektów Inwestycyjnych w I kwartale 2010 r. przygotowane przez Bistyp-Consulting. Jako przykład podał - o wiele bardziej rozpowszechnioną publikację - SEKOCENBUD gdzie jako średnią cenę wykonania sieci wodociągowej z PEHD największej z występujących tu średnic -DN160 szacuje na 353 zł, a średnią cenę przyłącza DN 25 - DN 50 na 313 zł.

Zdaniem Odwołującego powołana przez Zamawiającego publikacja nie odzwierciedlała w żadnej mierze obowiązujących w tego rodzaju zamówieniach cen rynkowych. Dodatkowo Odwołujący przypomniał, iż Zamawiający prowadził już prace polegające na modernizacji sieci wodociągowej w miejscu, w którym wykonywane ma być obecne zamówienie (ul. B. Chrobrego). Wówczas to, choć oprócz wymiany sieci wodociągowej zakres rzeczowy obejmował również szereg innych elementów których nie było w obecnym postępowaniu, jak chociażby remont studni, remont pomieszczenia Stacji Uzdatniania Wody, montaż urządzeń i instalacji w pomieszczeniach SUW, zabudowę studni wodomierzowych, co nie wzbudziło

zastrzeżeń zamawiającego co do zaoferowania za wykonanie zamówienia ceny na poziomie 500 zł/mb.

Odwołujący zauważył, że wówczas przedmiotem zamówienia było wykonanie zaledwie 1.003 metrów sieci i wszelkie dodatkowe w/w prace znacząco zaciążyły na jednostkowej cenie wykonania metra sieci.

Ponadto Odwołujący powołał się na efekt „ekonomii skali”, polegający na tym, że wykonawca jest w stanie zaoferować wykonanie zamówienia sześciokrotnie przekraczającego zakres rzeczowy poprzednio realizowanego zamówienia na poziomie odpowiednio niższym.

Poza tym Odwołujący przedstawił kilka przykładowych inwestycji sieciowych z terenu Dolnego Śląska, których realizacja powierzona została w ciągu ostatnich kilku miesięcy w drodze zamówienia publicznego różnym wykonawcom:

- Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w gminie Gromadka - cena 215,78 zł/mb,
- Budowa sieci wodociągowej w Rokitach, gmina Chojnów - cena 281,29 zł/mb,
- Budowa sieci wodociągowej Miłochów, gmina Świdnica - cena 297,84 zł/mb,
- Budowa sieci wodociągowej w gminie Męcinka wraz z budową SUW - cena 222,40 zł/mb,
- Budowa kanalizacji sanitarnej gmina Jeżów Sudecki - cena 355,70 zł/mb,
- Budowa kanalizacji sanitarnej Nadolice, gmina Czernica - cena 272,59 zł/mb,
- Budowa kanalizacji sanitarnej Niegosławice - Przeclaw - cena 314,52 zł/mb.

Powyższe zestawienia zdaniem Odwołującego odzwierciedlały rzeczywiste ceny rynkowe lepiej niż nie znana bliżej publikacja. Dodatkowo Odwołujący stwierdził, iż ze względu na specyfikę zamówienia, roboty w zakresie wykonawstwa sieci kanalizacyjnych są zazwyczaj znacznie wyżej wyceniane niż sieci wodociągowe.

Odwołujący oświadczył również, że jest wykonawcą zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia i przytoczył również kilka przykładów wykonanych już przez niego realizacji w zakresie robót sieciowych:

- Budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w gminie Legnickie Pole za cenę 246,40 zł/mb z Referencją z dnia 12.10.2009 r.
- Budowę sieci wodociągowej w gminie Jeżów Sudecki za cenę 201,00 zł/mb z Referencją z dnia 04.09.2008 r.
- Budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z hydrofornią i pompownią ścieków w Jeleniej Górze - Rejon Maciejowia za cenę 318,04 zł/mb z Referencją z dnia 23.01.2006 r.
- Budowę sieci kanalizacyjnej w gminie Udanin - cena 264,02 zł/mb z Referencją z dnia 22.02.2006 r.

Odwołujący nadmieniał również, iż jest obecnie w trakcie realizacji zamówienia polegającego na budowie sieci kanalizacji w gminie Świerzawa, gdzie cena określona za wykonanie 1 metra sieci ustalona została na 225,67 złotych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pisma Zamawiającego z dnia 9.04.2010r. skierowanego do Odwołującego oraz odpowiedzi na to pismo z dnia 12.04.2010r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez pełnomocników stron wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 15 marca 2010 r. tj. po dacie wejścia w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia art.7, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 92 ust.1 powołanej wyżej ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę, iż Zamawiający miał obowiązek zastosowania reguły określonej w art.90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp., w myśl której Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający takie czynności podjął w piśmie z dnia 9 kwietnia 2010r., bowiem cena ofertowa oferty nr 1 –Wodrol Teodor Świątecki wyniosła 3 464 800 PLN, a oferty nr 3 – Wamar PPHU Waclaw Tarasiewicz wynosiła 3 355 000 PLN, podczas gdy cena Odwołującego wyniosła 2 274 604, 99 PLN. Różnica ceny pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą nr 1 wynosiła 1 190 195, 02 PLN(oferta Odwołującego stanowiła około 65 % wartości tej oferty), zaś

różnica ceny pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą nr 3 wynosiła 1 080 395, 02 PLN(oferta Odwołującego stanowiła około 65 % wartości tej oferty).

Zdaniem Izby powyższe wątpliwości Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny odnosiły się do relacji ceny Odwołującego do wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej 4 754 098, 37 PLN netto oraz powołanych wyżej cen ofert wykonawców konkurencyjnych.

Należy zauważyć, iż stosownie do brzmienia art.90 ust.2 powyżej ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z tych powodów Zamawiający miał pełne podstawy do zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie elementów kosztowych mających wpływ na wysokość ceny, takich jak : koszty materiałów, koszty robocizny i sprzętu, rodzajów (typów, producentów) zastosowanych materiałów.

Natomiast 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.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dobrodziejstwa powyższego przepisu nie skorzystał udzielając odpowiedzi w sposób bardzo ogólny i w zasadzie nie odnoszący się do konkretnego zapytania Zamawiającego.

Nadto Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o obowiązku Zamawiającego udowodnienia okoliczności rażąco niskiej ceny, zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego.

Izba stwierdziła, że to Odwołujący miał obowiązek przedstawić, w czasie prowadzenia postępowania wyjaśniającego przez Zamawiającego, odpowiednie dowody, a w szczególności dowody z dokumentów na potwierdzenie istnienia okoliczności o charakterze obiektywnym potwierdzające cenę jak w złożonej przez Odwołującego ofercie.

Z tego powodu Zamawiający miał podstawy sądzić, że przedłożona w ofercie Odwołującego cena jest rażąco niska.

Stanowisko Izby znajduje swoje potwierdzenie w judykaturze sądowej. W wyroku z dnia 05 stycznia 2007r. - sygn. akt V Ca 214/06 Sąd Okręgowy w Warszawie przyjął zapatrywanie, że „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

W ocenie Izby cena ofertowa Odwołującego wymagała podania szczegółowej kalkulacji kosztów wraz z ich omówieniem oraz załączenia odpowiednich dowodów, jak chociażby dokumentów potwierdzających akordowy system pracy, zasady wykorzystania nowoczesnego potencjału sprzętowego i optymalizacji kosztów.

Izba stwierdziła również, iż stanowisko Zamawiającego oparte na analizie rażąco niskiej ceny w oparciu o Katalog Cen Jednostkowych Robót i Obiektów Inwestycyjnych w I kwartale 2010 r. przygotowane przez Bistyp-Consulting było prawidłowe, szczególnie z racji konieczności zobiektywizowania czynników cenotwórczych. Zamawiający nie miał obowiązku opierać się na wszystkich dostępnych katalogach cenowych.

Poza tym Izba zwraca uwagę, że przedstawione w odwołaniu ceny dotyczyły cen jednostkowych zamówień, bez podania źródła uzyskania informacji o nich, ceny te nie były związane z dowodami uzasadniającymi występowanie okoliczności jak w przepisie art.90 ust.1 ustawy Pzp i nie miały one wpływu na zaskarżone czynności Zamawiającego dokonane w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że wszystkie czynności dokonane przez Zamawiającego w trybie przepisu art.7, art.89 ust.1 pkt. 4, art.92 ust.1 ustawy Pzp mieściły się w granicach prawa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

**Przewodniczący:**

.....





