

WYROK/POSTANOWIENIE*

z dnia 21 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 21 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku, ul. Reja 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Ręczno, ul. Piotrkowska 5** protestu ~~protestów~~* z dnia 2 lipca 2008r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Ręčno, 97-510 Ręčno, ul. Piotrkowska 5** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., 97-500 Radomsko, ul. Reja 8,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7053 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćdziesiąt trzy złote) przez **Gminę Ręčno, 97-510 Ręčno, ul. Piotrkowska 5** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., 97-500 Radomsko, ul. Reja 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., 97-500 Radomsko, ul. Reja 8.**

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

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w terenie gminy Ręčno zostało wszczęte przez Zamawiającego – Gminę Ręčno, ul. Piotrkowska 5, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 maja 2008r. za numerem 108946.

W dniu 26 czerwca 2008r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – „DROMOST” sp. j. J. Łaska, M. Łaska – Maćkowiak z siedzibą w Lipie 12 B oraz o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku, ul. Reja 8 – zwanego dalej Odwołującym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 w skrócie ustawy) z uwagi na nie załączenie do oferty, a tym samym nie wpisanie do projektu umowy czasu trwania gwarancji jakości oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 z uwagi na nieudowodnienie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Od tej czynności Zamawiającego wniósł protest Odwołujący w dniu 2 lipca 2008r. zarzucając Zamawiającemu naruszenie :

- art. 7 ustawy nakazującego Zamawiającemu równe traktowanie wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez błędne ich zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego bez podstawy prawnej,
- art. 32 ust. 1 ustawy poprzez błędne oszacowanie wartości zamówienia, mimo obowiązku dokonania oszacowania z należytą starannością,
- art. 111 § 1 kc w zw. Z art. 14 ustawy poprzez skrócenie ustawowego terminu do złożenia wyjaśnień,
- art. 6 kc poprzez nieudowodnienie przez Zamawiającego, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że Odwołujący podał w formularzu ofertowym, iż udziela gwarancji na okres 36 miesięcy. W SIWZ nie było wymogu wpisania gwarancji do projektu umowy, a Zamawiający nie żądał załączenia do oferty projektu umowy. Zarzut Zamawiającego dotyczy formy, a nie treści oferty i nie stanowi podstawy odrzucenia Odwołującego. Odwołujący złożył oświadczenie woli dotyczące długości okresu udzielonej gwarancji w treści oferty bez potrzeby wielokrotnego powtarzania w różnych miejscach oferty, a ponadto w pkt 3 formularza oferty oświadczył, że zapoznał się z projektem umowy i nie wnosi w stosunku do niego żadnych uwag. Podniósł, że przepis art. 26 ust. 3 po nowelizacji ustawy z 13 kwietnia 2007r. dotyczy także dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego. Wskazał, że jego oferta jest jedynie o 15% tańsza niż oferta wybrana. Zarzut rażąco niskiej ceny jest uzasadniony dopiero gdy cena jest wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżona. W tym przypadku ceny ofert złożonych w postępowaniu są zbliżone, a jedynie odbiegają od wartości podanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 17 czerwca 2008r. Złożenie oferty przez Odwołującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż są nimi tylko takie czyny, które są sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagrażają lub naruszają interes przedsiębiorcy – wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.11.2000t. sygn. akt I ACa 688/00. W przedmiotowej sprawie nie ma zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy, bo obie złożone oferty są porównywalne cenowo. Ponadto podstawą przyjęcia, że oferta zawiera rażąco niską cenę nie może być sama wartość szacunkowa zamówienia. Szacunkowa wartość zamówienia jest wartością netto, zaś cena oferty jest wartością powiększoną o podatek od towarów i usług. Według Odwołującego, Zamawiający określił cenę podaną przez niego w sposób automatyczny jako rażąco niską, podczas gdy

orzecznictwo ETS zakazuje uznawania cen za rażąco niskie wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, podobnie KIO z dnia 08.03.2008r. sygn. akt KIO/UZP 142/08. Zamawiający jest obowiązany zastosować także inne kryteria obiektywne np. przez porównanie wartości złożonych w postępowaniu ofert – pogląd A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski „Analiza wyroków Sądów Okręgowych, analiza wyroków zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów PZP” s. 169. Odwołujący twierdzi, że w swoich wyjaśnieniach wykazał, że ceny oferowane przez niego są porównywalne nie tylko z konkurencyjną firmą, ale z cenami zaoferowanymi w innych postępowaniach przetargowych i tu np. :

1. przetarg na przebudowę drogi dojazdowej w m. Gorzkowiczki w Gminie Gorzkowice,
2. przetarg na przebudowę – remont w Gorzkowicach ulica Działkowa w Gminie Gorzkowice,
3. przetarg na modernizację drogi w m. Dworszowice Pakoszowe w Gminie Sulmierzyce,
4. przetarg na przebudowę dróg wewnętrznych na terenie gminy Kiełczygłów w Gminie Kiełczygłów.

Odwołujący w swojej ofercie założył zysk w wysokości 15% i to powoduje, że jego oferta nie oferuje wykonania robót poniżej kosztów. Różnice pomiędzy wartością szacunkową zamówienia, a złożonymi ofertami mogą wynikać z wadliwego, zawyżonego oszacowania wartości zamówienia, a więc do naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy.

Dodatkowo na wartość oferty Odwołującego ma wpływ :

- a) niewielka (ok. 35km) odległość miejsca wykonywania robót od siedziby Odwołującego, co pozwala zmniejszyć koszty transportu ludzi i maszyn,
- b) zatrudnienie dodatkowych osób na podstawie umów zlecenia, co obniża koszty – wyrok Sądu Okręgowego z 13.01.2005r. sygn. akt II Ca 835/04,
- c) posiadane zapasy grysu bazaltowego z 2007r.,
- d) posiadanie nowej linii produkcyjnej do produkcji asfaltu (o którą umowa jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa), co oszczędza energię, materiały, paliwo – dowód przesłuchanie załogi przedsiębiorstwa i oględziny linii produkcyjnej.

Odwołujący podniósł także, iż z uwagi na krótki termin do złożenia wyjaśnień nie był w stanie przedstawić wszystkich twierdzeń i dowodów potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wezwanie do wyjaśnień otrzymał faksem 17 czerwca 2008r. ok. godz. 13:00. Zamawiający określił mu trzydniowy termin, ale wskazał, że wyjaśnienia mają być złożone do 20 czerwca 2008r. do godz. 9:00 pod sankcją odrzucenia oferty. W rzeczywistości zatem Odwołujący miał na złożenie wyjaśnień dwa zamiast trzech dni, co godzi w reguły dotyczące liczenia terminów wynikające z art. 111 § 1 kc w zw. Z art. 14 ustawy.

Zgodnie z dyspozycją art. 6 kc na Zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia faktycznego odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny – wyrok ZA z 31.08.2005r. sygn.

akt UZP/ZO/02353/05, wyrok ZA z 13.09.2005 sygn. akt UZP/ZO/0-2353/05. Zamawiający nie wziął także pod uwagę, że termin złożenia ofert przypada na środek sezonu w branży budownictwa drogowego oraz, że wysokość cen kształtowana jest na wolnym rynku. Swojego interesu prawnego upatruje w tym, że przez bezzasadne odrzucenie został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący jako dowody do protestu załączył świadectwo jakości 837/PL, informację o wyrobie Asfalt drogowy 160/220, świadectwo jakości nr 758/PL, , informację o wyrobie Asfalt drogowy 160/220, faktury VAT nr MK8003856, MK7007071, 550/0816, 2700/07.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 4 lipca 2008r. i oddalił go w całości. W uzasadnieniu podał, że w SIWZ żądał wpisania terminu gwarancji w projekt umowy i żądanie to winno być wypełnione przez Odwołującego, a Odwołujący nie załączył przedmiotowej umowy do oferty, co powoduje, że oferta jest niekompletna. Odwołujący nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu oferty i nie miał wątpliwości, co do zapisów SIWZ, bo nie zwracał się o wyjaśnienia w trybie art. 38 ust. 1 ustawy. Zamawiający stoi na stanowisku, że projekt umowy nie był dokumentem, który podlegałby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż zgodnie z wyrokiem ZA z 09.08.2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-973/07 okres gwarancji nie jest warunkiem udziału w postępowaniu, a tylko takie dokumenty mogą być uzupełniane. Zamawiający miał podstawy, aby odrzucić ofertę Odwołującego, gdyż co prawda w terminie złożył on wyjaśnienia, ale ich nie udowodnił. Sam Odwołujący zaakceptował termin 20 czerwca 2008r. godz. 9:00 jako termin do złożenia wyjaśnień. Dołączanie dokumentów na etapie nie może zostać uwzględnione, bo wpłynęły do Zamawiającego po upływie terminu wyznaczonego na składanie wyjaśnień. Zamawiający w piśmie z dnia 25 czerwca 2008r. stwierdził, że Odwołujący udzielił wyjaśnień w stopniu zadowalającym, ale nie potwierdził ich żadnymi dowodami. Dla ustalenia rażąco niskiej ceny nie ma znaczenia, czy jako miernik zastosowaną wartość szacunkową netto, gdyż w stosunku do wszystkich wykonawców stosowane ten sam miernik. Zamawiający podniósł, że w SIWZ wymagał wskazania przez wykonawców w ofercie części zamówienia, które powierzy podwykonawcom, tymczasem Odwołujący w ofercie deklarował samodzielne wykonanie zamówienia, a w wyjaśnieniach wskazał, że zatrudni do wykonania zamówienia osoby na umowę zlecenia, co oznacza podwykonawstwo. Takie działanie Odwołującego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zaistniała sytuacja kwalifikuje Odwołującego do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia z należytą starannością zgodnie z zasadami określonymi w art. 31 ustawy – projektant uprawniony wykonał kosztorys inwestorski w lutym 2008r., w więc na dzień ogłoszenia postępowania wartość była aktualna.

W dniu 7 lipca 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie. Podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione w proteście i wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i orzeczenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Podzielając swoją wcześniejszą argumentację dodatkowo podniósł, że cytowany przez Zamawiającego wyrok ZA z 09.08.2007r. dotyczy odmiennego stanu faktycznego i nie został zacytowany w pełni. Zamawiający myli pojęcie zatrudnienia pracowników na umowę zlecenia, a podwykonawstwo. Odwołujący nie zamierza zatrudniać firm do realizacji zamówienia i podtrzymuje oświadczenie z oferty, że roboty wykona sam.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia podstawowego (bez przewidzianych zamówień uzupełniających) na kwotę 898 877, 40 zł. zgodnie z kosztorysami inwestorskimi.

Wykonawca wybrany zaoferował zrealizowanie zamówienia za kwotę 593 135, 83zł. – strona 2 formularza oferty - Dokument nr 1 do siwz. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 519 257,24zł. zgodnie z stroną 1 formularza oferty - Dokument nr 1 do siwz. Na stronie 7 siwz Zamawiający w akapicie zatytułowanym „informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy, istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy – art. 36 ust. 1 pkt. 14, 15 i 16, art. 94 i 95 pzp” zawarł zapis „Z wykonawcą, który złoży najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną zostanie podpisana umowa, które wzór stanowi załącznik nr 3 do niniejszej specyfikacji (w projekt umowy należy wpisać termin gwarancji udzielonej przez wykonawcę na przedmiot przetargu).” W żadnym innym punkcie siwz Zamawiający nie zawarł wymogu załączenia do oferty projektu umowy z wpisanym terminem gwarancji.

Zamawiający pismem z dnia 17 czerwca 2008r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny wskazując, że cena zaproponowana przez Odwołującego jest o ponad 50% niższa od wartości szacunkowej zamówienia, co stanowi uzasadnione podejrzenie złożenia oferty z rażąco niską ceną zgodnie z wyrokami Zespołów Arbitrów z 30.11.2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2856/06, 24.11.2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2815/06 i 17.08.2006r., sygn. akt UZP/ZO/0-2284/06. Zamawiający określił Odwołującemu termin do złożenia wyjaśnień na dzień 20 czerwca 2008r. do godz. 9:00. Z dnia 20 czerwca 2006r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Do pisma tego nie zostały załączone żadne inne dokumenty. Do protestu Odwołujący załączył świadectwo jakości 837/PL, informację o wyrobie Asfalt drogowy 160/220, świadectwo jakości nr 758/PL, , informację o wyrobie Asfalt drogowy 160/220, faktury VAT nr MK8003856, MK7007071, 550/0816, 2700/07. Na rozprawie przedłożył umowę nr 8/BP/2006 z 23 stycznia 2007r. oraz upoważnienie z dnia 17 lipca 2008r. i w treści tej umowy znajduje się zapis „Obie strony zobowiązują się do

przestrzegania poufności i nie ujawniania osobom trzecim żadnych informacji technicznych, gospodarczych i finansowych dotyczących niniejszej umowy.”.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, żądania wyjaśnień, wyjaśnień Odwołującego, oceny tych wyjaśnień, informacji o odrzuceniu oferty, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz protokołu postępowania wraz z załącznikami, świadectwo jakości 837/PL, informacji o wyrobie Asphalt drogowy 160/220, świadectwa jakości nr 758/PL, , informacji o wyrobie Asphalt drogowy 160/220, faktur VAT nr MK8003856, MK7007071, 550/0816, 2700/07, umowy nr 8/BP/2006 z 23 stycznia 2007r. oraz upoważnienia z dnia 17 lipca 2008r.

Izba zważyła, co następuje :

1. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nie wpisania do projektu umowy terminu gwarancji oraz nie załączenia tak wypełnionego projektu do oferty

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń Izby, projekt umowy nie stanowił wymaganego przez Zamawiającego załącznika do oferty. Również z uwagi na umiejscowienie w siwz zapisu o wypełnieniu projektu umowy o termin gwarancji w tytule odnoszącym się do formalności, jakie należy dopełnić przed podpisaniem umowy nie sposób wywieść, że wykonawcy mieli obowiązek załączać do ofert wypełniony projekt umowy. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Zamawiający nie postawił takiego żądania, a zatem nie załączenie wypełnionego projektu umowy do oferty nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. Ponadto w ocenie Izby, wymaganie złożenia tego dokumentu w przedmiotowym postępowaniu byłoby naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż z projektu umowy nawet wypełnionego terminem gwarancji nie wynikały żadne nowe istotne dla oceny oferty Zamawiającego informacje. Termin gwarancji należało wpisać w pkt 5 formularza ofertowego – dodatku nr 1 do siwz, co Odwołujący uczynił. Nadto, zgodnie z pkt 3 formularza ofertowego – dodatku nr 1 do siwz, Odwołujący składając podpis pod ofertą, złożył oświadczenie woli, że akceptuje projekt umowy i umowę podpisze zgodnie z tym projektem. W tej sytuacji żądanie Zamawiającego wyrażone dopiero w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, było żądaniem zbędnego dokumentu. Dodatkowo art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy nakazuje odrzucenie oferty jedynie w przypadku gdy jej treść jest niezgodna z treścią siwz, a w przedmiotowej sprawie nie wypełnienie projektu umowy terminem gwarancji, podczas gdy ten termin podawany jest w formularzu ofertowym, byłoby uchybieniem jedynie w zakresie formy prezentacji informacji i nie dawało Zamawiającemu podstawy do odrzucenia oferty

Odwołującego. Fakt, że drugi wykonawca załączył projekt umowy jest bez znaczenia prawnego, gdyż wobec braku żądania załączenia projektu do oferty oraz wskazanej przez Izbę niedopuszczalności takiego żądania, należało ten dokument potraktować jako dokument dodatkowy niepodlegający badaniu i ocenie.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdza, że Zamawiający naruszył art. 7 i 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

2. Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 7, 32 ust. 1, 90 ust. 3 oraz art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy przez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego jest ofertą z rażąco niską ceną

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w piśmie wewnętrznym zatytułowanym „Ocena wyjaśnień dotyczących oferty nr 1 zawierającej rażąco niską cenę” jak i w piśmie z dnia 25 czerwca 2008r. „Zawiadomienie o odrzuceniu oferty” pominął i nie rozważył trzech argumentów Odwołującego, w tym dwóch opartych na dowodach, które wynikały z przedmiotowego postępowania tj. ze złożonych ofert. Odwołujący podniósł, że przewidział 15% zysk z realizowanego kontraktu i wskazał, że dlatego nie można jego oferty uznać jako oferty zawierającej cenę poniżej kosztów wytworzenia bądź zakupu. Izba stwierdza, że w kosztorysach ofertowych przedłożonych przez Odwołującego do oferty znajdują się zapisy „zysk – 15%”. Tak więc Zamawiający miał możliwość zweryfikowania tej informacji. Kolejnym argumentem Odwołującego nie rozważonym przez Zamawiającego jest to, że różnica w cenie pomiędzy ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu nie wynosi nawet 15%. Dokładnie zaś 12,46% przy porównaniu cen brutto. Ta informacja możliwa była do zweryfikowania przez Zamawiającego na podstawie złożonych ofert. Zdaniem Izby odnośnienie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną nie jest wystarczające. Kosztorysy inwestorskie często nie odzwierciedlają rzeczywistych cen rynkowych. Podane w nich ceny jednostkowe odnoszą się do np. do średnich cen sekocenbudu, a to z kolei powoduje nie uwzględnienie aktualnej sytuacji na rynku lokalnym. Zamawiający powinien był zatem wziąć to pod uwagę przy ocenie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie uwzględnił także argumentacji Odwołującego dotyczącej innych postępowań oraz proponowanych cen w tych postępowaniach. Twierdzenie Zamawiającego, że te informacje nie są przydatne, bo w postępowaniach przetargowych nie wystąpiła sytuacja, w której cena oferty jest niższa o ponad 50% od wartości szacunkowej zamówienia, w ocenie Izby jest wadliwe. Przede wszystkim Odwołujący wskazał na ceny jednostkowe elementów kalkulacyjnych robót, co pozwalało porównać ceny zaoferowane przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Jak również pozwalało porównać cenę zaoferowaną przez Odwołującego z cenami innych przedsiębiorców funkcjonujących na lokalnym rynku. Zamawiający nie kwestionował prawdziwości podanych przez Odwołującego informacji z innych postępowań.

Zamawiający ma świadomość konieczności odnoszenia się także do cen rynkowych podobnych zamówień, gdyż w piśmie „Żądanie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny” z dnia 17 czerwca 2008r. powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z 24 listopada 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2815/06. Zamawiający uznał fakt znajdowania się siedziby Odwołującego w niewielkiej odległości od miejsca wykonywanych robót, ale prawidłowo uznał, że ta okoliczność nie może mieć wpływu na ocenę wyjaśnień, gdyż w podobnej sytuacji znajduje się drugi z wykonawców. Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń, co do systemu premiowania funkcjonującego u Odwołującego, zatrudniania dodatkowych osób w oparciu o umowy zlecenia, zakupu grysu bazaltowego w 2007r. po cenach niższych od bieżących oraz dysponowania nową linią produkcyjną i zużywania mniejszej ilości paliwa przez zbiorniki magazynowania asfaltu. Obowiązek dowodowy w tym przypadku rozkłada się inaczej niż na gruncie kodeksu cywilnego. Z treści art. 90 ust. 3 ustawy wynika, że to Odwołujący ma dostarczyć dowody w celu wykazania, że nie złożył oferty z rażąco niską ceną. Tym samym nie ma zastosowania art. 6 kc. Jednakże Izba stoi na stanowisku, że udzielony przez Zamawiającego termin dla złożenia wyjaśnień mógł utrudnić Odwołującemu zdobycie i przedstawienie dowodów. Przede wszystkim Izba dostrzega taką trudność w zdobyciu dowodów potwierdzających informacje odnoszące się do innych postępowań przetargowych, umów zlecenia zawartych z pracownikami, gdyż te czynności wymagają uzgodnienia terminu zapoznania się z dokumentami u innych zamawiających, jak i uzyskania zgody na ujawnienie danych osobowych zawartych w umowach zlecenia. Nadto Odwołujący wykazał na rozprawie, że w umowie o zakup linii produkcyjnej znajdowała się klauzula poufności zakazująca ujawniania jakichkolwiek informacji technicznych, gospodarczych i finansowych dotyczących tej umowy. Umowa została zawarta z przedsiębiorcą zagranicznym, co uniemożliwiało pozyskanie upoważnienia producenta do ujawnienia Zamawiającemu informacji z tej umowy we wskazanym przez Zamawiającego terminie na złożenie wyjaśnień. Odnośnie zatrudniania osób w oparciu o umowy zlecenia, to Izba, nie dokonując oceny poprawności takiego działania na gruncie kodeksu pracy, wskazuje, że podwykonawstwo polega na zatrudnieniu podmiotu wykonującego daną działalność zawodowo lub jako przedsiębiorca na swój rachunek i niebezpieczeństwo. Podwykonawca z reguły odpowiedzialny jest za dany odcinek robót czy też za dany rodzaj robót np. roboty wodnokanalizacyjne. Nie musi wykonywać robót samodzielnie, ale za pomocą swoich pracowników. Podwykonawca odpowiada solidarnie z wykonawcą głównym za wykonaną pracę. Natomiast zlecenie nie wymaga zawodowego trudnienia się załatwianiem czynności dla drugich, zleceniobiorca nie może odstąpić od wskazanego przez zleceniodawcę sposobu wykonania zlecenia poza wyjątkami przewidzianymi w art. 737 kc, może powierzyć wykonanie osobie trzeciej tylko do wyniku to z umowy lub zwyczaju, albo został do tego zmuszony okolicznościami. W tej sytuacji nie

można jednoznacznie stwierdzić, jak czyni to Zamawiający, że Odwołujący złożył w ofercie nieprawdziwe oświadczenie, że wykona zamówienie samodzielnie. Natomiast art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy stanowi, że wykonawcy mają dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z brzmienia tego przepisu wynika, że ustawodawca nie nałożył obowiązku zatrudnienia pracowników na umowę o pracę i dlatego automatyczne uznawanie umów zlecenia za podwykonawstwo stoi w sprzeczności z wymogami ustanowionymi na gruncie ustawy. Wskazać należy, że załączone do protestu i odwołania dowody z rachunków, choć nie znane Zamawiającemu w dacie oceny wyjaśnień potwierdzają dodatkowo, że oferta Odwołującego została skalkulowana z uwzględnieniem obiektywnych okoliczności odnoszących się do sytuacji rynkowej Odwołującego. Poczynione zapasy magazynowe nabyte po niższych niż bieżąca cena pozwalają na obniżenie zaproponowanej ceny. Odnośnie argumentu Odwołującego, że umowa i szczegóły techniczne dotyczące zakupionej przez niego linii produkcyjnej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, należy stwierdzić, że Odwołujący nie przedstawił dowodu na etapie wyjaśnień, że faktycznie są to dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, której ujawnienie mogłoby grozić mu szkodą. Jednakże przedłożona na rozprawie umowa ponad wszelką wątpliwość zawierała klauzulę poufności i potwierdzała fakt nabycia linii produkcyjnej znacznej wartości. Złożone na rozprawie wyjaśnienia przez członka Zarządu Odwołującego potwierdziły informacje podane w wyjaśnieniach, że zakup przedmiotowej linii produkcyjnej pozwala na oszczędności w procesie technologicznym np. koszty energii, utrzymanie ciepła. Izba uznała, że wobec zastrzeżenia 15% zysku, nieznacznych rozbieżności w cenie pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu oraz cenami panującymi na lokalnym rynku w postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia, nie było podstaw do odmowy Odwołującemu wiary w przedstawianych wyjaśnieniach oraz, że złożoną przez niego ofertą nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nadto przedłożone do protestu i okazane na rozprawie dowody potwierdzają prawdziwość i wiarygodność złożonego oświadczenia.

Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy za spóźniony. Wartość szacunkowa zamówienia mogła być znana Odwołującemu najpóźniej od dnia otwarcia ofert. Tym samym od tego momentu należało liczyć termin na zaskarżenie przyjętej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia.

Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 7 i 90 ust. 3 ustawy.

3. Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 111 § 1 kc w zw. z art. 14 ustawy poprzez skrócenie ustawowego terminu do złożenia wyjaśnień.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie art. 90 ust. 1 ustawy nie wskazuje minimalnego ani maksymalnego terminu jakiego Zamawiający obowiązany jest udzielić wykonawcom w celu umożliwienia im złożenia wyjaśnień, pozostawiając swobodę Zamawiającemu w tym przedmiocie. Jednakże wskazanie terminu nie może prowadzić do

naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Według Izby termin ten powinien być tak określony, aby dawał rzeczywistą możliwość pozyskania dowodów i sporządzenia wyjaśnień przy uwzględnieniu złożoności elementów kalkulacyjnych ceny oraz okoliczności na które może powołać się wykonawca zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy. Tym samym termin w zasadzie dwudniowy należy ocenić jako niewystarczający. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający naruszył tym działaniem art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886) uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego Odwołującego zgodnie z przedłożoną fakturą VAT.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....