

Sygn. akt KIO/1825/10

WYROK
z dnia 7 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ilonę Stańczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2** od czynności zamawiającego **Gmina Strzelce Krajeńskie, 66-500 Strzelce Krajeńskie, al. Wolności 48,**

przy udziale **Masters S.A., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Ilonę Stańczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Ilonę Stańczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 127 zł 35 gr** (słownie: cztery tysiące sto dwadzieścia siedem złotych trzydzieści pięć groszy) przez **Ilonę Stańczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2** na rzecz **Gminy Strzelce Krajeńskie, 66-500 Strzelce Krajeńskie, al. Wolności 48** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Strzelce Krajeńskie, Al. Wolności 48; 66-500 Strzelce Krajeńskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kompleksu sportowego przy Gimnazjum Publicznym na działce Nr ewid. 652/2 i 652/3 przy ul. Słowackiego w Strzelcach Krajeńskich” w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 lipca 2010 r. pod pozycją 195173.

Dnia 19 sierpnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonej oceny ofert, wskazując, iż za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawcę MASTERS S.A., ul. Mickiewicza 21; 70-383 Szczecin. Zamawiający poinformował również, iż odrzucił dwie oferty wykonawców: Kostrzewa sp. z o.o., ul. Rynek 8 i 9; 41-400 Mysłowice – na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz Ilonę Stańczyk – prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, ul. Jaworowa 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza – na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dnia 24 sierpnia 2010 roku (pismo z dnia 23 sierpnia 2010 roku) wykonawca Ilona Stańczyk – prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, ul. Jaworowa 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza (zwany dalej „Odwołującym”) – wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej wartość ofertowa nie stanowi o rażąco niskiej cenie,
- 3) art. 91 ust. 1 przez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem argumentów przytoczonych w odwołaniu i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż naruszenie przez Zamawiającego w/w przepisów ustawy Pzp może pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą i najkorzystniejszą, a tym samym na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 interes Odwołującego może doznać uszczerbku.

Uzasadniając, Odwołujący podniósł, iż cena ofertowa została obliczona zgodnie z wymogiem Zamawiającego zawartym w pkt 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (sposób obliczenia ceny) oraz, że przy wycenie ofertowej zaoferował podstawy wyceny wg. Katalogów Rzeczowych stosując własne współczynniki do norm uwzględniające możliwości wykonawstwa (posiadanie nowoczesnego sprzętu). Ceny jednostkowe robocizny, materiałów i pracy sprzętu zostały skalkulowane zgodnie z możliwościami Odwołującego. Odwołujący oświadczył również, że dysponuje specjalistycznym sprzętem oraz wykwalifikowaną kadrą pracowników specjalizująca się w technologii wykonawstwa tego typu zadań, co w szczególności wpływa na oszczędność metody wykonania zamówienia.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 23 sierpnia 2010 roku.

Zamawiający, dnia 24 sierpnia 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, dnia 26 sierpnia 2010 roku przystąpił wykonawca MASTERS S.A., ul. Mickiewicza 21; 70-383 Szczecin.

Zamawiający dnia 1 września 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgłoszone na rozprawie wnioski dowodowe, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 5 ofert:

- 1) Kostrzewa sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, cena oferty: 1 195 000,00 zł,
- 2) MASTERS S.A. z siedzibą w Szczecinie, cena oferty: 1 488 465,64 zł,
- 3) POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, cena oferty: 1 767 852,15 zł,
- 4) Iłona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, cena oferty: 897 920,00 zł,
- 5) MARGOT Inwestycje sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, cena oferty: 1 636 319,67 zł.

Zgodnie z protokołem postępowania (druk ZP-2) Zamawiający, dnia 21 lipca 2010 roku ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 2 264 770,32 zł, na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie opracowania dokumentacji projektowej.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2010 roku Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz o przekazanie informacji mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Czynność powyższa spowodowana była wątpliwościami, jakie powziął Zamawiający, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący dnia 18 sierpnia 2010 roku (pismem z dnia 17 sierpnia 2010 roku) przesłał do Zamawiającego pismo, w którym wyjaśnił, iż cyt: *„[...] zaistniały wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla naszego przedsiębiorstwa, a mianowicie:*

- firma budowlana, której zamierzamy podzlecić roboty ziemne, podbudowy dysponuje własnym parkiem maszynowym oraz od lat współpracuje z Kopalnią Zwierzyn, gdzie zaopatruje się w kruszywa, w bardzo korzystnych cenach,

- firma przewidziana do wykonania robót elektrycznych jest jednocześnie firmą wykonawczą i hurtownią materiałów elektrycznych natomiast nasze Przedsiębiorstwo specjalizuje się w układaniu nawierzchni sportowych oraz wyposażeniu boisk ma stałych dostawców materiałów i sprzętu, którzy oferują upusty na swoje produkty w zależności od ilości już zakupionych materiałów w danym roku.

Cena 897 920,00 zł za wykonanie w/w zadania została oparta na dokładnej analizie ekonomicznej firm branży: budowlanej, elektrycznej i naszego Przedsiębiorstwa.”.

Na podstawie tak przedstawionych wyjaśnień Zamawiający, pismem z dnia 19 sierpnia 2010 roku odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, materiał dowodowy zgromadzony w przedmiotowej sprawie jednoznacznie wskazuje, iż przedmiotowe odwołanie uznać należy za bezzasadne.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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. Rozstrzygając o powyższym Zamawiający 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 (ust. 2 w/w artykułu).

Powyższe oznacza, iż to na wykonawcy wezwanemu do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi te wyjaśnienia (przymus dowodowy).

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 88/09 „*Pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze*

jak "wyraźna" czy "bardzo duża" różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych."

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył dwa wnioski dowodowe w postaci oświadczenia: Iwony Chmielowiec przedstawiciela firmy POLSPORTBUD Przedsiębiorstwa Wielobranżowego, Krzemlin 63; 74-300 Mielęcin oraz (podpis nieczytelny) przedstawiciela firmy PZ B&B Ewa Bela, ul. Staszica 4a; 84-300 Lębork.

Z pierwszego z oświadczeń wynika, że przedsiębiorca (podwykonawca) gotowy jest wykonać roboty budowlane według przedmiaru robót na budowę kompleksu sportowego za kwotę 310.150,00 zł netto.

Odnoszą się do powyższego oświadczenia Zamawiający wskazał, iż oświadczenie Odwołującego, że „[...] firma budowlana, której zamierzamy podzlecić roboty ziemne, podbudowy dysponuje własnym parkiem maszynowym oraz od lat współpracuje z Kopalnią Zwierzyn, gdzie zaopatruje się w kruszywa, w bardzo korzystnych cenach [...]” pozostaje w sprzeczności z faktycznymi możliwościami podwykonawcy, gdyż Kopalnia Zwierzyn, zgodnie z informacją umieszczoną na stronie internetowej Szczecińskiej Kopalni Surowców Mineralnych S.A. (<http://www.sksm.com.pl/page.php?s=86&k=57>) weszła w skład grupy dopiero, cyt. „Kopalnia Zwierzyn jest naszym najmłodszym zakładem produkcyjnym. Uroczyste otwarcie miało miejsce 8 lipca 2008 r.”, co oznacza, iż fakt współpracy zdefiniowany jako „od lat” może

budzić uzasadnione wątpliwości. Powszechnie znanym jest fakt, iż możliwość uzyskiwania korzystniejszych, od innych przedsiębiorców, cen uzależniony jest od wieloletniej, stałej współpracy. Zaledwie dwuletnia współpraca może uzasadniać wątpliwości Zamawiającego, co do uzyskiwania przez podwykonawcę korzystniejszych cen surowców.

Ponadto, kolejnym argumentem uzasadniającym prawidłowość stanowiska Zamawiającego jest dowód, zgłoszony przez Zamawiającego w postaci wyceny kruszyw, dokonanej przez Szczecińskie Kopalnie Surowców Mineralnych S.A. Punkt Eksploatacji Zwierzyn, w którym kopalnia wskazała, że możliwe jest, z jej zasobów, dostarczenie jedynie kruszyw w zakresie 2, 3 i 4 z tabeli rodzajów kruszyw, która wskazana została w zapytaniu do kopalni. W ocenie Zamawiającego pozostałe kruszywa dostępne są w kopalniach w Storkowie oraz w Dębówku, które oddalone są od miejsca prowadzenia inwestycji, odpowiednio o ok. 75 km i 62 km. Tym samym trudno jest mówić o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy.

W odniesieniu zaś do drugiego z oświadczeń, stwierdzić należy, iż obejmuje ono swoim zakresem roboty elektryczne (oświetlenie boisk) w części II pkt od 14 do 19 w kwocie 62 000,00 netto. Kwota powyższa nie obejmuje zakresu części II oferty – roboty elektryczne (Tabela elementów ceny ryczałtowej), punktów 12 i 13, których wartość netto wynosi 23 900,00 zł. Suma części II, wg. oświadczenia podwykonawcy i zobowiązania wykonawcy wynosi zatem 85 900,00 zł netto, brutto 104 798,00 zł i różni się od ceny ofertowej o 29 158,00 zł.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że powyższą różnicę, pokryje z własnych środków.

Tym niemniej, powyższe zróżnicowanie nie może pozostać bez wpływu na ocenę prawidłowości skalkulowania ceny oferty, pod kątem rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby kalkulacja powyższa jasno wskazuje na nieprecyzyjne i niewłaściwe skalkulowanie ceny oferty, która przez powyższe, może mieć charakter rażąco niskiej. Nie jest bowiem możliwe oferowanie ceny za realizację przedmiotu zamówienia, która nie została dokonana w oparciu o realne możliwości finansowe wykonawcy. Działanie takie może bowiem powodować podejrzenie, iż oferta stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zwłaszcza przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, iż „**czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców**”.

Ponadto, Przystępujący przeprowadzając dowód, co do możliwości zaoferowania ceny za oprawy oświetleniowe przez Odwołującego w łącznej wysokości 23 914,00 zł przedłożył ofertę handlową przedstawiciela producenta firmy Philips Lighting Poland S.A., wg. której cena za oprawy oświetleniowe (wg. cen producenta) winna wynosić ok. 74 364,- zł netto. W opinii Przystępującego, uwzględniając możliwe rabaty, w maksymalnej wysokości 30 %, cena za oprawy mogłaby wynieść ok. 52 000,- zł netto.

Odwołujący dowodu przeciwnego nie złożył.

W ocenie Izby, jest to kolejny argument, który potwierdza stanowisko, iż cena zaproponowana w ofercie została niedoszacowana i ma charakter ceny rażąco niskiej.

Reasumując stwierdzić należy, iż to na Odwołującym spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, wraz z dowodami, które nie pozostawiają żadnych wątpliwości, co do prawidłowości zaoferowanej ceny. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 roku, sygn. akt IV Ca 1299/09, *„Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowej jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy dlaczego uważa cenę za zbyt niską.”*

W oparciu o przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody, Izba uznała, iż nie były one wystarczające dla potwierdzenia rzetelności kalkulacji ceny oferty, a tym samym nie spełniały wymogu przepisu art. 90 ust. 2 ustawy. Ponadto, wyjaśnienia wykonawcy zawierały ogólne stwierdzenia i nie pozwalały na rozwianie wątpliwości zamawiającego, jakie spowodowały zwrócenie się o złożenie wyjaśnień.

W związku z powyższym, za niezasadne Izba uznała zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 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), uwzględniając koszty dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 4 127,35 zł.

Przewodniczący:

.....