

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 20 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2012 r. przez **Leszka Przybyłkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Leszek Przybyłek z siedzibą w Rogoźnie, ul. Chabrowa 18** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Suchy Las z siedzibą w Suchym Lesie ul. Szkolna 13**

**postanawia :**

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy Leszka Przybyłkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Leszek Przybyłek z siedzibą w Rogoźnie, ul. Chabrowa 18.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie i konserwację oświetlenia oraz wymianę elementów oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Suchy Las zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Suchy Las z siedzibą w Suchym Lesie, ul. Szkolna 13 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej i W Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 stycznia 2012r. za numerem 2012-8737

W dniu 8 lutego 2012r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Specjalistycznego Przedsiębiorstwa Przemysłowo Handlowego Hydro-Term z siedzibą Poznaniu, ul. Zbąszyńska 5 w części I i II oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Leszka Przybyłka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Leszek Przybyłek z siedzibą w Rogoźnie, ul. Chabrowa 18 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W dniu 13 lutego 2012r. odwołanie na czynność odrzucenia swojej oferty wniósł Leszek Przybyłek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Leszek Przybyłek z siedzibą w Rogoźnie, ul. Chabrowa 18.

Odwołujący wskazał, że posiada interes rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.-dalej ustawy), gdyż jego oferta zawiera najniższą cenę, zatem uwzględnienie odwołania umożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, odrzucenie jego oferty, dokonanie wyboru oferty złożonej przez: Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe Hydro - Term (w zakresie części nr 1 i 2). Wskazał, że zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2012 roku wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień „dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Powołał się na wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2011 roku sygn. akt KIO 2547/11 oraz Komentarz Prawo zamówień publicznych, Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, LEX 2010 i podał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć jedynie całej zaoferowanej ceny, a nie poszczególnych cen jednostkowych. Wątpliwości odwołującego wzbudziły także sformułowania, których zamawiający użył w treści wezwania, takie jak: „cena ofertowa (...) wydaje się rażąco niska”, czy „wyszczególnione ceny jednostkowe (...) w odczuciu zamawiającego znacząco odbiegają od cen rynkowych”. Ponadto, zamawiający żądał w wezwaniu od odwołującego przedstawienia szczegółowej kalkulacji poszczególnych (wszystkich) pozycji dla obu części

zamówienia, z uwzględnieniem materiałów, pracy, sprzętu i ludzi. Wskazał, że nie miał obowiązku przedstawiania dowodów, a zamawiającemu nie było wolno określać obowiązujących zasad wyceny i powołał się na wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1665/11 i wyrok KIO sygn. akt KIO 2750/11. Wskazał, że złożył wyczerpujące wyjaśnienia poparte stosownymi dowodami, tj.: kosztorysami dla części nr 1 i 2, pismem wyjaśniającym, wyceną materiałów przedstawioną przez hurtownię, z którą współpracuje oraz certyfikatami materiałów. Wskazał, iż również we wcześniejszych zamówieniach wykonywanych dla Zamawiającego korzystał z tej samej hurtowni materiałów. Podniósł, że przy stosunkowo (w porównaniu do ofert konkurencyjnych) niewygórowanej cenie i tak założył wzrost nakładów na robociznę i sprzęt w odniesieniu do zeszłego roku, kiedy to również dla zamawiającego wykonywał zamówienie tego samego rodzaju. W ocenie odwołującego zamawiający nie oparł się na wiedzy już posiadanej z innych postępowań, gdzie odwołujący uzyskał zamówienie. Powołał orzeczenie SN z dnia 20 października 2011 roku sygn. akt III CZP 52/11. Według odwołującego również załączone do wyjaśnień kosztorysy (których odwołujący nie miał obowiązku składać wraz z ofertą) jednoznacznie pokazują iż na podstawie wyliczeń odwołującego, osiągnięcie od zysk w zakresie zarówno części nr 1 i 2 (gdzie na zysk odwołującego składają się: narzut zysku w wysokości 14,00 % od R + Kp\_R, koszty pośrednie 60 % od robocizny i 60 % od sprzętu, jak również zysk uzyskany z pracy sprzętu). Zdaniem odwołującego w tej sytuacji przyjęcie przez zamawiającego, że nie udowodnił swoich twierdzeń było nieuzasadnione i nie uprawniało do odrzucenia oferty odwołującego. Przepis art. 90 ust. 2 ustawy wskazuje na przykładowe czynniki, a ustawodawca nie wymaga, żeby wykonawcy spełniali te konkretne przesłanki. Według odwołującego w tym postępowaniu jedynym czynnikiem są wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Odwołujący na podstawie złożonych dokumentów (np. wykazu zaproponowanych przez hurtownię cen) wykazał, że jego cena wynika chociażby z faktu, że ma dostęp do materiałów odpowiadających wymaganiom zamawiającego na bardzo korzystnych warunkach. Zamawiający zakwestionował w ofercie odwołującego jedynie zaniżone, zdaniem zamawiającego, wynagrodzenie pracowników na poziomie 5,00 zł za roboczogodzinę. Odwołujący podniósł, że odniesienie się przez zamawiającego do jednego składnika ceny nie jest wystarczające, a na podstawie analizy kosztorysów (w zakresie części nr 1 i 2), można stwierdzić, że wskazują one różne stawki godzinowe (np. 15 zł, kosztorys na 28.019,40 zł brutto, poz. 19, kosztorys na 51.881,40 zł brutto, poz. 19). Według odwołującego, zamawiający nie może na podstawie wskazanej w kosztorysach stawki za roboczogodzinę automatycznie przyjąć, że odwołujący płacić będzie wynagrodzenie poniżej obowiązującej minimalnej wartości. Na podstawie załączonych kosztorysów w żaden sposób nie można arytmetycznie obliczyć należnego pracownikom wynagrodzenia, tym bardziej, że odwołujący wykazuje określony

zysk. Podał, że w trakcie wykonywania zamówienia będzie mógł organizować pracę robotników w sposób zapewniający uzyskanie przez nich minimalnego wynagrodzenia miesięcznego, tym bardziej że co do zasady jednocześnie wykonuje kilka różnych zamówień. Na dowód tego, że wynagrodzenie wypłacane przez odwołującego pracownikom nie jest poniżej minimalnego wynagrodzenia określonego przepisami prawa, odwołujący załączył do odwołania umowy o pracę. Podał także, iż nie jest zobowiązany wszystkich osób biorących udział w postępowaniu zatrudniać na podstawie stosunku pracy, a tylko przy takiej formie zaangażowania osób stosuje się przepisy dotyczące wysokości minimalnego wynagrodzenia. Poza tym wskazał, że zatrudnia również na niepełny etat. Odwołujący w wykazie osób załączonym do oferty podał, że jedynie 3 osoby będą zatrudnione na podstawie o pracę i są to osoby wykonujące kluczowe zadania w zamówieniu. Powołał orzecznictwo Izby :z dnia 12 lutego 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 126/09, z dnia 14 października 2011 roku sygn. akt KIO 2109/11. W ocenie odwołującego błędne jest również automatyczne odnoszenie przez zamawiającego ceny zaoferowanej przez odwołującego do cen ofert konkurencyjnych oraz szacunku zamawiającego. Zgodził się, iż zamawiający przy ocenie, czy cena jest rażąco niska powinien wziąć pod uwagę kilka elementów takich jak: ustaloną przez siebie wartość zamówienia, obowiązujące w określonym czasie ceny rynkowe, czy ceny zaoferowane przez innych wykonawców w konkretnym postępowaniu, ale w ocenie odwołującego nie jest to wystarczające do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena może bardzo znacząco różnić się od wartości zamówienia, a nawet od cen pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu. Musi to być cena, nie tyle obiektywnie niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołał także wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu i wyrok z dnia 17 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1665/11, wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2771/11. Według odwołującego, żaden sposób nie można założyć, że zaoferowana przez niego cena jest nierealistyczna, nierynkowa, tym bardziej, że odwołujący wykonywał w roku poprzednim dla zamawiającego usługi tego samego rodzaju, zostały one wykonane prawidłowo, co potwierdził sam zamawiający, wystawiając odwołującemu referencje. Gdyby realizacja zamówienia dla odwołującego była nieopłacalna, nie podjąłby się tego zadania po raz kolejny. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 lutego 2012r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 lutego 2012r. faksem i listem – przesyłką kurierską.

W dniu 14 lutego 2012r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w

postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania faksem i pisemnie oraz zamieszczając informację na swojej stronie internetowej.

W dniu 16 lutego 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której postanowił uwzględnić zawarte w odwołaniu zarzuty w całości.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

W terminie tj. do końca dnia 17 lutego 2012r. nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego żaden z wykonawców.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

A zatem, w sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatом postawionym w odwołaniu.

Skoro zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska odwołującego uznał słuszność argumentacji odwołującego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że zamawiający uznał zarzuty odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący .....**