

Sygn. akt KIO/UZP 190/08

Sygn. akt KIO/UZP 213/08

WYROK
z dnia 17 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. EUROVIA Polska S.A., ul. Fabryczna 20B, Wrocław

B. Zakład Różnych Usług Komunalnych Jerzy Molek, ul. Składowa 21, Bytom

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów, ul. Smolenia 35, Bytom** protestów:

A. EUROVIA Polska S.A., ul. Fabryczna 20B, Wrocław z dnia 19 lutego 2008 r.

B. Zakład Różnych Usług Komunalnych Jerzy Molek, ul. Składowa 21, Bytom z dnia 20 lutego 2008 r.

przy udziale **Zakładu Robót Drogowych Jan Orfin, ul. Bytomska 80 w Orzechu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego wszczętego przez Zakład Różnych Usług Komunalnych Jerzy Molek po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **EUROVIA Polska S.A., ul. Fabryczna 20B, Wrocław** oraz **Zakład Różnych Usług Komunalnych Jerzy Mołek, ul. Składowa 21, Bytom** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EUROVIA Polska S.A., ul. Fabryczna 20B, Wrocław**
 - B. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Różnych Usług Komunalnych Jerzy Mołek, ul. Składowa 21, Bytom**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A. kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **EUROVIA Polska S.A., ul. Fabryczna 20B, Wrocław** na rzecz **Gminy Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów, ul. Smolenia 35, Bytom**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
 - B. kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Zakład Różnych Usług Komunalnych Jerzy Mołek, ul. Składowa 21, Bytom** na rzecz **Gminy Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów, ul. Smolenia 35, Bytom**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A. kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX**
 - B. kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX**
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) na rzecz **EUROVIA Polska S.A., ul. Fabryczna 20B, Wrocław**
 - B. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) na rzecz **Zakład Różnych Usług Komunalnych Jerzy Mołek, ul. Składowa 21, Bytom**.

Uzasadnienie

Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Bieżące utrzymanie (remonty) nawierzchni jezdni na terenie Gminy Bytom w roku 2008”, którego dotyczą rozpatrywane odwołania. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 stycznia 2008 r. (nr 1, poz. 11023). Zamówienie to zostało przez Zamawiającego podzielone na trzy zadania:

- Zadanie 1 bieżące utrzymanie (remonty) nawierzchni jezdni na drogach gminnych w 2008 roku w obrębach: Górniki, Stolarzowice, Sucha Góra, Miechowice, Karb, Bobrek, Stroszek, Os. Na Wzgórzu;
- Zadanie 2 bieżące utrzymanie (remonty) nawierzchni jezdni na drogach gminnych w 2008 roku w obrębach: Centrum, Rozbark, Łagiewniki, Szombierki;
- Zadanie 3 bieżące utrzymanie (remonty) nawierzchni jezdni na drogach powiatowych, wojewódzkich i krajowych w 2008 roku na terenie Gminy Bytom

z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych na każde z zadań.

Rozpatrywane przez Izbę odwołania dotyczą dwóch zadań:

- odwołanie złożone przez EUROVIA Polska S.A. z siedzibą przy ul. Fabrycznej 20B we Wrocławiu, zwaną dalej „EUROVIA” - zadania 3 oraz
- odwołanie złożone przez Zakład Różnych Usług Komunalnych Jerzy Mołek z siedzibą przy ul. Składowej 21 w Bytomiu, zwanym dalej „Jerzy Mołek” - zadania 2.

Zamawiający w pismach z dnia 15 lutego 2008 r. poinformował wykonawców o wynikach badania i oceny ofert oraz wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych zadaniach:

- zadanie 3 – wybrano ofertę Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego AQUAMER Robert Merkel z siedzibą przy ul. Planety 60 w Bytomiu, zwanego dalej „AQUAMER” oraz
- zadanie 2 – wybrano ofertę Zakładu Robót Drogowych Jan Orfin z siedzibą przy ul. Bytomskiej 80 w Orzechu, zwanego dalej: „Jan Orfin”.

Na te czynności Zamawiającego dwóch wykonawców złożyło protesty: EUROVIA - w zakresie zadania nr 3 i wyboru oferty AQUAMER (protest zawarty w piśmie z dnia 19 lutego 2008 r., z tą samą datą doręczony Zamawiającemu) oraz Jerzy Molek – w zakresie zadania nr 2 i wyboru oferty Jana Orfina (protest, zawarty w piśmie z dnia 20 lutego 2008 r., doręczony Zamawiającemu w dniu 22 lutego 2008 r.).

Postępowanie EUROVIA w zakresie zadania nr 3 i wyboru oferty AQUAMER

EUROVIA w swoim proteście podniosła zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Jako podstawę postawionych zarzutów EUROVIA wskazała, że AQUAMER powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona po pierwsze z uwagi na zaistnienie przesłanek do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, po drugie z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ. W ocenie EUROVIA wykonawca AQUAMER złożył Zamawiającemu wadliwe wadium. Mianowicie wadium złożone przez niego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wskazywało na podmiot uprawniony do ewentualnej realizacji tej gwarancji Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów z adresem ul. Parkowa 2, zamiast ul. Smolenia 35. EUROVIA w uzasadnieniu protestu wskazała, że powyższe uniemożliwia Zamawiającemu ewentualne skorzystanie z wadium, a dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 22 lutego 2008 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 19 lutego 2008 r. swoje przystąpienie złożył wykonawca AQUAMER, kwestionując podnoszone wobec jego oferty zarzuty.

Zamawiający pismem z dnia 29 lutego 2008 r. rozstrzygnął protest firmy EUROVIA, oddalając go w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, że firma AQUAMER przed upływem terminu składania ofert złożyła do Zamawiającego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 250001036255, wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. W treści tej gwarancji błędnie został wskazany jedynie adres Zamawiającego - zamiast ul. Smolenia 35, przy której ma siedzibę Miejski Zarząd Dróg i Mostów, wskazano ul. Parkową 2, gdzie swoją siedzibę ma Urząd Miejski w Bytomiu. Zamawiający wskazał, że w treści gwarancji podano właściwy podmiot, tj. Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów, a bez znaczenia jest wskazanie niewłaściwej ulicy, przy której mieści się ten podmiot, z uwagi również na to że osobowość prawną zgodnie

z art. 2 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym (tj. z 2001 r. Dz. U. Nr 142, poz. 15 ze zm.) posiada gmina, a nie gminna jednostka budżetowa, którą jest Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu.

Zamawiający powołał się tu również na wyjaśnienia Gwaranta, dołączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego, z których wynika, że gwarant wskazuje na oczywistą omyłkę pisarską w adresie Zamawiającego, która w żaden sposób nie wpływa na ważność gwarancji wadialnej i ewentualną wypłatę odszkodowania w sytuacji zaistnienia przesłanek z art. 46 ust. 5 ustawy.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 4 marca 2008 r. (data stempla pocztowego) EUROVIA złożyła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście, wnosząc jednocześnie o:

- 1) powtórzenie czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi wykluczenie wykonawcy AQUAMER i odrzucenie jego oferty;
- 2) powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert w części 1) – tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnych ofert;
- 3) równe traktowanie wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Postępowanie Jerzy Mołek w zakresie zadania nr 2 i wyboru oferty Jana Orfina

Jerzy Mołek w swoim proteście podniósł zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 7 ustawy;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty naruszającej zasady uczciwej konkurencji poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji konkurencji z rynku;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 4) art. 90 ust. 3 ustawy poprzez niezastosowanie powołanej regulacji i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Jana Orfina, w sytuacji gdy powołany oferent faktycznie nie złożył – mimo wezwania Zamawiającego - wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

- 5) art. 91 ust. 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 2 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie obiektywnej oceny złożonych przez Jana Orfina wyjaśnień.

W argumentacji dotyczącej podniesionych zarzutów Jerzy Mołek wskazał, że oferta złożona przez Jana Orfina zawiera cenę ofertową w kwocie 835,09 zł, co stanowi 11,68% szacunkowej wartości zamówienia, wynikającej z kosztorysu inwestorskiego oraz około 47,19% ceny ofertowej zaproponowanej przez Protestującego wykonawcę (1.771,60 zł). Wykonawca ten podniósł również, że Jan Orfin w swojej ofercie zaproponował w odniesieniu do 16 z 31 pozycji formularza ofertowego ceny na poziomie 0,61 zł za każdą pozycję, co – w jego ocenie – w sposób rażąco odbiega od cen zaproponowanych przez innych wykonawców w zakresie zadania nr 2, jak i pozostałych zadań oraz od kosztorysu inwestorskiego. Zaproponowana w ofercie Jana Orfina stawka 0,61 zł może wynikać ze szczególnej wiedzy, jaką tenże wykonawca posiadał w odniesieniu do niniejszego zamówienia (co i w jakich ilościach w ramach tego zadania będzie realizowane), a którą to wiedzę nie dysponowali inni wykonawcy. Zdaniem wykonawcy składającego protest, poprzez kalkulację ceny w niektórych pozycjach na poziomie 0,61 zł, Jan Orfin nie uwzględnił nawet składników cenotwórczych podanych w pkt I formularza ofertowego, ponieważ skalkulowanie ceny na tym poziomie uniemożliwia uwzględnienie tych wszystkich czynników.

W ocenie składającego protest Jan Orfin zdecydował się ponieść oczywiste straty na świadczeniu po cenach zaniżonych usług, stypizowanych w pozycjach: 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 31 formularza ofertowego. Tym samym jego oferta, jako oferta z rażąco niską ceną, a jednocześnie wypełniająca znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, podlega odrzuceniu.

Jednocześnie też składający protest Jerzy Mołek podniósł, że wykonawca Jan Orfin został wezwany przez Zamawiającego w trybie przepisu art. 90 ustawy do złożenia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny. W wykonaniu tego wezwania Jan Orfin pismem z dnia 12 lutego 2008 r. złożył wskazane wyjaśnienia i jako uzasadnienie zaproponowanej ceny wskazał, iż cena ta wynika z:

- analizy terminu wykonania robót,
- analizy warunków pogodowych w 2008 r., w tym łagodnej zimy,
- wiedzy i doświadczenia zdobytego w trakcie realizacji zamówienia na remonty jezdni w 2007 r.
- znajomości specyfiki ulic znajdujących się na terenie realizacji zadania nr II
- ilości urządzeń w jezdniach (minimalna).

Dodatkowe wskazanie przez Jana Orfina w w/w wyjaśnieniach, że „*technologie, które mają być uwzględnione w trakcie wykonywania remontów oraz ilość wykonywanych i wykorzystywanych rodzajów robót nie będzie równomiernie wykorzystywana do remontów nawierzchni, a niektóre pozycje w związku z aktualnymi warunkami mogą być w ogóle nie zastosowane*” oraz wskazanie, że wykonawca ten w związku ze stale rosnącymi cenami materiałów budowlanych w 2007 r. poczynił znaczne zapasy, osiągając przy ich zakupie wysokie rabaty – w ocenie wykonawcy wnoszącego protest nie są wystarczające. Wyjaśnienia te – jego zdaniem – w żaden sposób nie tłumaczą kalkulacji ceny w szeregu pozycji na poziomie 0,61 zł, a ponadto wskazane argumenty w żaden sposób nie mogły spowodować tak znacznego obniżenia ceny w porównaniu z pozostałymi ofertami.

Dodatkowo Jerzy Mołek w swoim proteście wskazał na brak pouczenia przez Zamawiającego, w informacji o wynikach postępowania, o przysługujących wykonawcom środkach ochrony prawnej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Jerzego Mołkę w dniu 25 lutego 2008 r., na skutek wezwania skierowanego przez Zamawiającego w dniu 22 lutego 2008 r., swoje przystąpienie złożył Jan Orfin, kwestionując zasadność podnoszonych w proteście Jerzego Mołka zarzutów.

Zamawiający, rozpatrując protest wykonawcy w piśmie z dnia 29 lutego 2008 r. (z tą samą datą doręczenia protestującemu Wykonawcy) oddalił go w całości jako niezasadny. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Jana Orfina w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego były wystarczające do uznania, że cena w ofercie tego wykonawcy jest wiarygodna i realna, a więc nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniósł, że wskazanie w wyjaśnieniach wykonawcy, że na jego wycenę miały wpływ m.in. takie okoliczności jak: bardzo łagodna zima, posiadanie doświadczenia w zakresie stanu nawierzchni dróg wchodzących w zakres zadania, przekroje poprzeczne – średnia grubość nawierzchni bitumicznych w przedziale 5 – 10 cm, minimalna ilość urządzeń znajdujących się na jezdniach, poczynione znaczne zapasy materiałów budowlanych - uzasadniało zaproponowanie w ofercie Jan Orfina niższych cen jednostkowych. Zamawiający miał bowiem prawo wziąć pod uwagę wskazane w wyjaśnieniach konkretne okoliczności chociaż nie stanowi o nich przepis art. 90 ust. 2 ustawy. W przepisie tym posłużono się bowiem przykładowym katalogiem okoliczności wpływających na poziom cen; powyższe nie oznaczają, że Zamawiający nie może wziąć pod uwagę także innych okoliczności wykazywanych przez wykonawcę.

Zamawiający podkreślił również, że wykazanie niższej od innych wykonawców ceny za poszczególne pozycje w ofercie Jana Orfina nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. W ocenie Zamawiającego, wykonawcy samodzielnie kształtują i kalkulują cenę swojej oferty, co oznacza, że wykonawca ma prawo ponoszenia strat na wybranych przez niego pozycjach.

Zamawiający podniósł, że protestujący Wykonawca zakwestionował zaledwie 35% cen jednostkowych w ofercie Jana Orfina, a nie zarzucił jednocześnie, że cała cena ofertowa jest rażąco niska, a tylko o rażąco niskiej cenie możemy mówić w kontekście całej ceny ofertowej, a nie jej kalkulacyjnych, wybranych elementach.

Zamawiający odniósł się również negatywnie do zarzutu braku informacji w rozstrzygnięciu postępowania o przysługujących wykonawcom środkach ochrony prawnej oraz do insynuacji protestującego wykonawcy, jakoby Jan Orfin posiadał szczególną wiedzę na temat niniejszego postępowania, pozwalającą na jego preferencyjne traktowanie w tym postępowaniu.

Od rozstrzygnięcia protestu Jerzy Mołek w dniu 5 marca 2008 r. (data stempla pocztowego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu tym podtrzymał zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy, art. 90 ust. 3 ustawy, art. 91 ust. 3 w związku z art. 91 ust. 2 ustawy, zawarte w proteście. Dodatkowo podniósł zarzuty naruszenia:

- art. 183 ust. 1 i 4 ustawy przez faktyczne pominięcie zarzutów zawartych w proteście i nierozpatrzenie protestu, co do istoty sprawy, tj. niezbadanie zarzutów dotyczących nieprzekazania przez wykonawcę stosownych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, popełnienia przez tego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, zastosowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny od szacunków Zamawiającego (niższej o ok. 88,315%);
- art. 181 ust. 5 ustawy poprzez przyjęcie, że Jan Orfin przystąpił do postępowania protestacyjnego, podczas gdy nie przekazał on kopii swego przystąpienia aktualnie Odwołującemu się wykonawcy;
- art. 7 ust. 1 w związku z art. 184 ust. 2 ustawy, poprzez przekazanie wnoszącemu odwołanie kompletnej treści decyzji o oddaleniu protestu wraz z uzasadnieniem dopiero w dacie 3 marca 2008 r.

Nie został podtrzymany zarzut braku informacji o środkach ochrony prawnej w rozstrzygnięciu postępowania.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący się wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie decyzji Zamawiającego z dnia 29 lutego 2008 r. w przedmiocie oddalenia protestu wnoszącego odwołanie;
- 2) unieważnienie decyzji Zamawiającego z dnia 15 lutego 2008 r. w przedmiocie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Jana Orfina;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert ze szczególnym uwzględnieniem regulacji zawartych w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wybranie jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz wnoszącego odwołanie kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa według prawem przypisanych norm albo według spisu kosztów, jeżeli taki zostanie przedstawiony na rozprawie;
- 6) zobowiązanie Zamawiającego do przedstawiania dokonanych przez niego szacunków zamówienia oraz podstaw ich dokonania.

Do postępowania odwoławczego w dniu 11 marca 2008 r. (data wpływu do Urzędu Zamówień Publicznych) swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożył Jan Orfin.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść ofert AQUAMER i Jan Orfin oraz wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2008 r. przedmiotem rozpatrywania Izby — są dwa odwołania złożone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: odwołanie EUROVIA oraz odwołanie złożone przez Jerzego Mołka.

Na wstępie skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że obydwa odwołania zostały złożone w terminie i przez podmioty uprawnione. Podmioty odwołujące jako wykonawcy uczestniczący w obu zaskarżonych zadaniach, prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mający szanse – przy założeniu słuszności podnoszonych przez nich zarzutów - na uzyskanie niniejszego zamówienia,

posiadają również interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniach zarzutów stwierdzić należy, że zarówno odwołanie złożone przez EUROVIA, jak i odwołanie złożone przez Jerzego Mołka, nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu EUROVIA stwierdzić należy co następuje:

Wykonawca AQUAMER przed upływem terminu składania ofert złożył Zamawiającemu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Jedyną wadą owej gwarancji, która stał się podstawą protestu, a następnie odwołania EUROVIA jest wskazanie w jej treści błędnej ulicy, pod którą mieści się siedziba Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wskazanie ul. Parkowej 2, pod którą mieści się siedzibą Urzędu Miejskiego w Bytomiu zamiast ul. Smolenia 35, pod którą mieści się siedziba Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Bytomiu stanowi o wadliwości tej gwarancji.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe nie może stanowić o wadliwości gwarancji wadialnej. Gwarancja ta została bowiem złożona przed upływem terminu składania ofert i ma charakter bezwarunkowy i nieodwoływalny. Poza tym w jej treści wskazano - jako podmiot uprawniony do skorzystania z niej - podmiot zamawiający, tj. Gminę Miejską Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów. Wskazanie zamiast adresu siedziby jednostki budżetowej Gminy Bytom (Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów), adresu Urzędu Miejskiego w Bytomiu nie stanowi o braku możliwości skorzystania z owej gwarancji przez Gminę Miejską Bytom, w sytuacji gdy wykonawca odmówiłby podpisania umowy, czy też nie wniósłby zabezpieczenia należytego wykonania umowy albo nie mógłby jej podpisać ze swojej winy.

Zamawiającym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest w istocie Gmina Miejska Bytom, działająca poprzez swoją jednostkę budżetową (Miejski Zarząd Dróg i Mostów), która - stosownie do treści art. 2 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym – posiada osobowość prawną, a tym samym może zaciągać zobowiązania. Powyższe – wbrew twierdzeniu Odwołującego EUROVIA - ma istotne znaczenie dla oceny prawidłowości złożonej gwarancji wadialnej. Skład orzekający nie kwestionuje w tym przypadku faktu, że jednostka budżetowa Gminy - Miejski Zarządu Dróg i Mostów - funkcjonowanie w obrocie gospodarczym. Powyższe nie oznacza jednak, że wskazanie w treści gwarancji przy adresie beneficjenta ulicy, przy której ma siedzibę Urząd Miejski w Bytomiu realizujący uprawnienia Gminy Bytom, stanowi o wadliwości tej gwarancji i przede wszystkim okoliczności, że Zamawiający nie będzie miał prawa z niej skorzystać.

Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy o samorządzie gminnym do zadań własnych gminy należą min. sprawy gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego. Uwzględniając tę regulację, to na Gminie, a nie jej jednostce budżetowej spoczywa obowiązek przeprowadzenia napraw (remontów) jezdni i ulic miasta Bytom, a w tym przypadku - zgodnie z przepisami ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.) – Gmina czyni to poprzez własną jednostkę budżetową. Powyższe świadczy o tożsamości podmiotów funkcjonujących w obrocie prawnym.

Istotą wadium składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zabezpieczenie oferty wykonawcy w okresie związania ofertą w celu ewentualnego skorzystania z owego finansowego zabezpieczenia przez Zamawiającego, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wypełnia warunków postępowania, związanych z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego gdy jego oferta uznana jest jako najkorzystniejsza.

Wskazany warunek wadium został wypełniony. W sytuacji problematycznej – Zamawiający, tj. Gmina Miejska Bytom – Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu będzie mógł skorzystać z owej gwarancji wadialnej, co również potwierdził sam ubezpieczyciel w pisemnej informacji przekazanej przy piśmie przystępującego do postępowania protestacyjnego.

Należy podnieść, że wskazanie adresu właściwego dla Urzędu Miejskiego w treści gwarancji wadialnej nie dyskwalifikuje możliwości skorzystania z niej przez Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów, jak też, w jej imieniu, przez samego Prezydenta Miasta - organu zamawiającej Gminy; zatem warunek wadium w tym zakresie będzie skonsumowany.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia wskazanych przez Odwołującego się przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Jerzego Mołki, stwierdzić należy co następuje:

Wykonawca – Jerzy Mołek, zarzucił Zamawiającemu nie odrzucenie oferty Jana Orfina z powodu złożenia przez niego oferty z ceną rażąco niską, a także z powodu popełnienia przez tego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Skład orzekający przystępując do rozstrzygnięcia przywołanych zarzutów w pierwszej kolejności dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Jana Orfina w związku z wezwaniem Zamawiającego, skierowanym do niego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

Przy ocenie wyjaśnień wykonawcy, co do podejrzenia ceny rażąco niskiej, Zamawiający – stosownie do treści art. 90 ust. 2 ustawy 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 ewentualny wpływ pomocy publicznej. Ten przykładowy katalog okoliczności, które Zamawiający uwzględni przy ocenie wyjaśnień wykonawcy może być uzupełniony o każdą inną okoliczność, która usprawiedliwia zaoferowanie ceny na poziomie znacznie niższym niż kalkulacja samego Zamawiającego (wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia) oraz oferty konkurentów.

Wykonawca Jan Orfin w piśmie z dnia 11 lutego 2008 r. (data wpływu do Zamawiającego: 12 luty 2008 r.) wskazał na kilka podstaw wyceny jego oferty, które wpłynęły na jego ostateczną cenę ofertową:

- łagodna zima, co ma wpływ na zastosowanie odpowiedniego sprzętu i materiałów wykonywania napraw jedni;
- technologie, które mają być uwzględnione w trakcie wykonywania remontów;
- ilość wykonywanych i wykorzystywanych rodzajów robót, która nie będzie równomiernie wykorzystywana do remontów nawierzchni, a niektóre pozycje mogą być - w związku z aktualnymi warunkami pogodowymi – w ogóle stosowane;
- doświadczenie własne wykonawcy związane z realizacją w roku 2007 remontów jezdni na terenie miasta Bytom, w związku z wygraniem wcześniejszego przetargu;
- wcześniejszy zakup materiałów budowlanych w 2007 r. przy uzyskaniu wysokich rabatów i związane z tym zapasy.

W ocenie składu orzekającego Izby Wykonawca Jan Orfin w sposób wystarczający wykazał, że zaoferowane przez niego stawki w poszczególnych pozycjach kosztorysu mające wpływ na cenę ostateczną, są na odpowiednim poziomie, uzasadniającym możliwość realizacji całego zamówienia.

Wykonawca ten skalkulował swoją ofertę, biorąc pod uwagę przede wszystkim własne i bezpośrednie doświadczenie w tym zakresie i możliwość zastosowania szczególnych technologii związanych ze sposobem świadczenia owych usług objętych przedmiotem zamówienia, a także warunki atmosferyczne. Sporządzona przez wykonawcę kalkulacja

w żaden sposób nie była sprzeczna z założeniami do kalkulacji jednostkowych, określonymi przez Zamawiającego w załączniku nr 15 do SIWZ. W dokumencie tym bowiem Zamawiający wskazał, jakie konkretnie elementy wykonawcy powinni wziąć pod uwagę przy

wycenie swojej oferty w poszczególnych pozycjach. Kalkulacja ta nie wykluczała jednak różnych sposobów realizacji zamówienia, np. wykonywania niektórych prac łącznie, a przez to pomniejszenia faktycznych kosztów realizacji określonych robót. Tym samym istniała możliwość kalkulowania ceny jednostkowej w zależności od stanu faktycznego. Z takiej to możliwości mieli szanse skorzystania wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu. Skoro Zamawiający żadnych wymogów ograniczających w tym zakresie nie wprowadził trudno jest czynić zarzut wykonawcom z powodu przyjęcia takiego sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Z tej możliwości w niektórych pozycjach skorzystał również sam Odwołujący Jerzy Mołek, wyceniając np. w poz. 27 formularza ofertowego plantowanie poboczy za cenę 0,12 zł.

Należy wskazać, że zaniżenie ceny jednostkowej w pewnych pozycjach jest dopuszczalne, w szczególności jeśli uzasadnione jest specyfiką zamówienia, a Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie żadnych obostrzeń. Ryzyko gospodarcze wykonawcy, który kalkuluje cenę ofertową w oparciu o określone przesłanki ponosi sam wykonawca, który za wskazaną cenę ofertową będzie zmuszony realizować przedmiot zamówienia. To wykonawca bierze na siebie ryzyko w związku z realizacją zdarzeń przyszłych i niepewnych (nieprzewidywalne remonty), które są przedmiotem niniejszego zamówienia.

Cenną wskazówką w zakresie oceny wyjaśnień Jana Orfina na okoliczność kalkulacji ceny ofertowej jest doświadczenie tego wykonawcy, na które powołuje się on w swoich wyjaśnieniach, w szczególności doświadczenie dotyczące realizacji tych samych robót dla tego samego Zamawiającego w roku ubiegłym, jako wykonawca wyłoniony w wyniku przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. Nie można tu mówić jednak o preferencyjnym traktowaniu wykonawcy przez Zamawiającego – wszyscy bowiem wykonawcy mają szanse wizji ulic objętych postępowaniem i weryfikacji swojej kalkulacji cenowej z uwzględnieniem stanu faktycznego. To, że Jan Orfin świadczył już na rzecz tego Zamawiającego swoje usługi we wskazanym zakresie, niewątpliwie jest jego atutem i trudno odmówić temu wykonawcy prawa do korzystania z takiej możliwości. Powyższe nie może być jednak rozpatrywane w kategoriach braku równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego.

Istotną przesłanką – w ocenie składu orzekającego Izby - na którą wskazał Jan Orfin w swoich wyjaśnieniach jest zakup materiałów po korzystnych cenach w roku ubiegłym. Okoliczność ta nie jest kwestionowana przez Odwołującego Jerzego Mołka poza twierdzeniem, że zakupu materiałów (nie podważając, że taki zakup w ogóle nastąpił) nie może być istotną przesłanką, z uwagi na krótki termin przydatności tych materiałów. Twierdzenie Jana Orfina, iż zakupiony przez niego w roku ubiegłym cement (jeden z potrzebnych przy realizacji zamówienia materiałów, który zachowuje swoją przydatność

przez ok. pół roku) będzie przez niego wykorzystywany przy realizacji tego zamówienia, nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane.

Skład orzekający Izby nie uznał za istotny dowód w niniejszej sprawie, materiałów kalkulacyjnych przedłożonych przez Odwołującego Jana Mołka na rozprawie. Materiały te mają walor prywatnej analizy dokonanej przez Odwołującego. Podstawą rozstrzygnięcia Izby była w szczególności dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim oferty złożone przez wykonawców oraz treść SIWZ.

Skład orzekający Izby nie uznał za udowodniony zarzut naruszenia czynu nieuczciwej konkurencji przez Jana Orfina. Przywołany zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z 2003 r. Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) nie został w żaden sposób wykazany. Zgodnie z tym przepisem 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.

Wskazana przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji, tak w treści odwołania, jak i na rozprawie nie została uprawdopodobniona. Jednocześnie na marginesie należy zauważyć, iż skoro w ocenie Izby zarzut podania ceny rażąco niskiej nie potwierdził się tym samym zarzut popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji należy uznać za bezpodstawny.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia wskazanych przez Odwołującego się przepisów: art. 7 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, art. 90 ust. 3 ustawy, art. 91 ust. 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 2 ustawy.

Zarzuty dotyczące naruszenia art.: 183 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 181 ust. 5 ustawy nie zostały rozpatrzone merytorycznie przez skład orzekający Izby z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy, tj. z powodu nie objęcia ich wcześniejszym postępowaniem protestacyjnym. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę na to, iż stosownie do treści art. 183 ust. 3 ustawy nierozpatrzenie protestu w terminie oznacza jego oddalenie. Powyższe należy odnosić również do braku rozpatrzenia poszczególnych zarzutów zawartych w proteście. Od oddalenia protestu przysługuje natomiast wykonawcy prawo do odwołania się w zakresie zarzutu, który w ocenie protestującego nie został rozpatrzony.

Z powyższych względów nie został również rozpatrzony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z treścią art. 184 ust. 2 ustawy. Na marginesie należy wskazać, że

termin na złożenie odwołania liczony jest od daty doręczenia rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, a nie jego faktycznego rozstrzygnięcia. W rozstrzyganym odwołaniu Odwołujący Jerzy Molek dochował terminu na złożenie odwołania, licząc ten termin od daty pierwszego niepełnego przekazania rozstrzygnięcia protestu, jak również od daty doręczenia pełnej wersji rozstrzygnięcia protestu. Nie możemy w tym przypadku zatem mówić o jakimkolwiek naruszeniu, czy uszczerbku w interesie prawnym po stronie odwołującego się wykonawcy

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji. Izba działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit 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. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w ograniczonej kwocie do 3 600 zł w związku z łącznym rozpatrywaniem dwóch odwołań przez Izbę na jednej rozprawie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*