

Sygn. akt KIO/UZP 126/09

WYROK

z dnia 12 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

**Członkowie: Ewa Jankowska
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**WIKAR**” **Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Myślenice, Rynek 8/9, 32-400 Myślenice** protestu /~~protestów~~* z dnia **16 stycznia 2008 r.**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez 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 **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna.

U z a s a d n i e

Zamawiający Gmina Myślenice, Rynek 8/9, 32-400 Myślenice, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Poręba, Trzemeśnia, Bulina” nr ref. SGR: 0717/341/3”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2008 S 184-243622 z dnia **23.09.2008 r.**

09.01.2009 r. zamawiający wystosował zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania przetargowego.

16.01.2009 r. wykonawca „Wikar” Przedsiębiorstwo-Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., 33-314 Łososina Dolna 108 wniósł protest na następujące czynności zamawiającego:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów;
- 2) dokonanie wyboru oferty wykonawcy „INSBUD”.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego protestujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „INSBUD”, a w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Protestujący wniósł o:

- 1) odrzucenie oferty wykonawcy „INSBUD”;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 3) dokonanie wyboru oferty protestującego, jako oferty najkorzystniejszej.

09.01.2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „INSBUD”. Oferta wymienionego wykonawcy podlegała jednak odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp.

Oferta ta zawiera rażąco niską cenę, która odbiega w sposób istotny zarówno od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, jak i od kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia (ok. 18 000 000 zł). Zaniechanie odrzucenia oferty o tak niskiej i nieadekwatnej do przedmiotu zamówienia cenie stanowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Istotnym jest, iż Zamawiający w pkt 27 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją, przewidział procedurę postępowania w przypadku złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Zamawiający mógł ocenić obiektywne czynniki wpływające na cenę, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp. Takich obiektywnych czynników jednakże nie da się stwierdzić odnośnie oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Niezależnie od powyższego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503) stanowi, iż "Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta". Przepis art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi ponadto, 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."

Wykonawca „INSBUD” w swojej ofercie zastosował stawkę roboczogodziny 3,50 zł/godzinę przy niektórych pracach budowlano-montażowych. Stawka ta jest znacznie niższa niż stawka minimalnego wynagrodzenia pracownika, które to minimalne wynagrodzenie zostało określone bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Tym samym oferta ta jest sprzeczna z prawem i jako taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co winno

skutkować jej odrzuceniem przez zamawiającego. Także zastosowanie cen nie odpowiadających warunkom rynkowym, poniżej kosztów wytworzenia usługi, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Działanie zamawiającego jest także niezgodne z zasadą określoną w art. 7 Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

19.01.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

21.01.2009 r. wykonawca „INSBUD” przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

23.01.2009 r. zamawiający oddalił protest zgodnie z art. 183 Pzp.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie (1) art. 7 oraz (2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i (3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wskazane naruszenia zdaniem protestującego przejawiały się w zaniechaniu podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy „INSBUD” oraz w podjęciu decyzji o uznaniu i wyborze jako oferty najkorzystniejszej na wykonanie części zamówienia nr 1, oferty która wedle tez protestującego zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ad 3. W odniesieniu do zarzutu zaoferowania oferty zawierającej rażąco niską cenę, zamawiający podnosi, co następuje:

Cena najkorzystniejszej oferty na wykonanie części nr 1 zamówienia kształtowała się na rażąco niskim poziomie co uzasadnia jej odrzucenie. Cena wybranej oferty jest niższa od cen pozostałych złożonych ofert, jednak poziom ten nie jest na tyle istotny aby można było mówić o rażącej różnicy, a tym samym rażąco niskiej cenie oferty.

Ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się jedynie przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, ale powinno mieć również na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach. Nie obowiązuje definicja jednoznacznie określająca jaki poziom różnicy pomiędzy cenami ofert jest „wystarczający”, aby po jego przekroczeniu można było mówić o cenie rażąco niskiej.

Rozpatrywana oferta jest tańsza o około 12%-15%. Dlatego zamawiający nie wzywał wykonawcy „INSBUD” do złożenia wyjaśnień przewidzianych w art. 90 Pzp. Prawdopodobnie takiego działania potwierdza wypracowane na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, iż 10% różnica pomiędzy cenami ofert nie może być podstawą uznania, iż cena niższa jest ceną rażąco niską.

Ponadto podkreślenia wymaga, iż protestujący w uzasadnieniu protestu jedynie wskazał, iż uznana za najkorzystniejszą oferta zawiera rażąco niską cenę, przy czym nie wskazał na

jakich przesłankach opiera ten pogląd, w tym nie wyjaśnił na czym miałyby polegać sugerowana nieadekwatność ceny oferty do przedmiotu zamówienia.

Ad 2. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „INSBUD” , gdyż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zamawiający wskazuje, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na:

Jako działanie noszące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji protestujący wskazał zawarcie w ofercie wykonawcy „INSBUD” stawki roboczogodziny, dla niektórych robót budowlano-montażowych na poziomie 3.50 zł. Tak ustalona stawka wynagrodzenia nie pozwala zdaniem protestującego na zgodne z prawem wynagradzanie pracowników tj. nie pozwala na osiągnięcie wynagrodzenia na poziomie minimalnego wynagrodzenia.

Teza protestującego znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku stwierdzenia, iż stawka zaproponowana w kosztorysie ofertowym dotyczy wynagrodzenia pracowników zatrudnionych u wykonawcy w ramach stosunku pracy. W przeciwnym wypadku twierdzenie to nie może się ostać, bowiem wymóg wynagradzania na ustalonym prawem poziomie, a więc stosowania minimalnego wynagrodzenia, odnosi się do wynagrodzenia z tytułu umów o pracę zawieranych zgodnie z przepisami kodeksu pracy. Wymóg ten nie znajduje zastosowania w szczególności do umów cywilno-prawnych.

Zamawiający nie dysponuje środkami, które uprawniały by go do nakazania wykonawcy wykonania wszystkich robót w ramach przedmiotu zamówienia za pomocą posiadanej kadry pracowniczej, a więc w oparciu o umowy o pracę. Zamawiający ustalając warunki wykonania przedmiotu zamówienia, pozostawił uznaniu wykonawcy sposób wykonania robót, nie eliminując tym samym możliwości dokonania podzlecenia na rzecz podwykonawców realizacji części prac w ramach umów cywilno-prawnych.

Z czystej ostrożności, zamawiający podkreśla, iż nawet po przyjęciu zasadności tezy protestującego co do stosowania reguł wynagradzania obowiązujących na gruncie prawa pracy, twierdzenie protestującego o nieuprawnionym zaniżaniu stawek robocizny jest słuszne jedynie w przypadku wskazania, że stawka roboczogodziny jest jedynym elementem kształującym wysokość należnego pracownikom wynagrodzenia. Możliwym jest bowiem takie ukształtowanie stosunku pracy, gdzie wymiar czasowy pracy stanowić będzie podstawę wyliczenia jedynie dla pewnej określonej części wynagrodzenia pracownika, a w pozostałym zakresie na wynagrodzenie będą się składać stałe elementy o określonej i niezależnej od zmiennych czasowych wysokości, takie jak przykładowo dodatki, stałe premie, nagrody etc.

Stwierdzenie to wynika z obowiązujących przepisów prawa, a mianowicie, zgodnie z brzmieniem art. 6. ust. 4 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 20 poz. 1699) „Do obliczenia wysokości wynagrodzenia pracownika

przyjmuje się przysługujące pracownikowi składniki wynagrodzenia i inne świadczenia wynikające ze stosunku pracy, zaliczone według zasad statystyki zatrudnienia i wynagrodzeń określonych przez Główny Urząd Statystyczny do wynagrodzeń osobowych.”. Ustawa wskazuje jednocześnie elementy, które nie mogą być wliczane do wynagrodzenia pracownika, wskazując na: nagrody jubileuszowe, odprawy pieniężne przysługujące pracownikom w związku z przejściem na emeryturę lub rentę z tytułu niezdolności do pracy oraz wynagrodzenie za pracę w godzinach nadliczbowych. Tak więc wszystkie pozostałe elementy płacy składają się na wynagrodzenie, które nie powinno być niższe niż minimalne wynagrodzenie ustalone przepisami obowiązującymi na gruncie kodeksu pracy.

Powyższe niespójności tez formułowanych przez protestującego wskazują na brak dogłębnej analizy podnoszonych naruszeń prawa. O selektywnym i nieprecyzyjnym formułowaniu zarzutów świadczy również fakt, iż podnosząc zarzut naruszenia prawa przez zaniżenie stawek robocizny, protestujący zupełnie pominął fakt, iż w pozostałych pozycjach kosztorysu ofertowego oprotestowanej oferty zawierającej koszty robocizny zostały ustalone dwukrotnie wyższe stawki roboczogodzin. W rozpatrywanej ofercie znajduje się wskazanie dwóch różnych stawek roboczogodzin odmiennych w zależności od charakteru wykonywanych prac. Stawka 3,50 zł, wskazywana w proteście, odnosi się zasadniczo do prostych prac budowlanych, z kolei dla robót wymagających wyższych kwalifikacji zawodowych przewidziana została stawka 7,00 zł za roboczogodzinę i jest to wartość dominująca w pozycjach opisujących koszty robocizny.

Łączna wysokość kosztów robocizny zawarta w oprotestowanej ofercie jest wyższa aniżeli odpowiadająca jej wartość wynikająca z oferty protestującego.

Powoływanie się na zarzut zaistnienia praktyk nieuczciwej konkurencji w przypadku wskazywania na jedną pozycję cenową, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, jest działaniem chybionym. Konkurencja cenowa w niniejszym przypadku *de facto* nie dotyczy kosztów robocizny, które w ofercie najkorzystniejszej globalnie są wyższe niż w ofercie protestującego; konkurencyjna cena oferty najkorzystniejszej wynika z niższego poziomu zysku jaki przyjął wykonawca „INSBUD” – poziom 10%, w stosunku do oferty protestującego gdzie zysk ustalono na poziomie 15%.

Zamawiający nie może uznać, iż oferta wykonawcy „INSBUD” jest sprzeczna z prawem, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ad 1. Zarzut protestującego, że wybór oferty wykonawcy „INSBUD” stanowił naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, na gruncie wyżej przedstawionych tez nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy „INSBUD” Pzp w świetle przedstawionych wywodów nie zasługują na uwzględnienie.

30.01.2009 r. (pismo z 28.01.2009 r.) wykonawca „Wikar” wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty sformułowane w proteście.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż to protestujący powinien wykazać w jaki sposób kwestionowana cena odbiega od innych cen. Fakt ten da się bowiem stwierdzić poprzez proste porównanie cen wybranego wykonawcy z cenami innych ofert. Oferty pozostałych wykonawców są do siebie bardzo zbliżone, natomiast oferta wybranego wykonawcy jest niższa o ok. 1 494 000 zł od pozostałej najniższej czyli o ok. 11%. Jest to kwota tak istotna, iż powinna budzić natychmiastowe zastrzeżenia zamawiającego. Tak znacznych oszczędności nie jest w stanie wygenerować żadna działająca zgodnie z prawem firma.

Cena oferty ta jest także znacznie niższa od wyceny zamawiającego (ok. 18 mln zł), co potwierdza, iż zastosowanie cen rynkowych nie może prowadzić do wyceny całej inwestycji na kwotę 12.528.698,73 zł, jak to ma miejsce w przypadku oferty wybranego wykonawcy.

Kwestionowana oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zgodnie z przepisami art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca „INSBUD” swojej ofercie zastosował stawkę roboczogodziny (3,50 zł), która jest znacznie niższa niż stawka minimalnego wynagrodzenia pracownika, określonego bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Tym samym oferta ta jest sprzeczna z prawem i jako taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować jej odrzuceniem przez zamawiającego. Odwołujący nie podziela argumentu zamawiającego, iż zastosowanie stawki 3,50 zł nie musi dotyczyć umów o pracę, ale może np. dotyczyć umów zlecenia. Nie zmienia to faktu, iż stawka ta jest nierealna, nieprzystająca do warunków rynkowych i jako taka jest czynnem nieuczciwej konkurencji. Za każdą pracę, na podstawie jakiegokolwiek stosunku prawnego, przysługuje bowiem rzetelne wynagrodzenie. Dodać należy, iż przy umowach zlecenia stawka ta ustalana jest zawsze w wyższej wysokości, bowiem to na zleceniobiorcy spoczywa wówczas cały ciężar kosztów usługi, które w stosunku pracy ponosiłby pracodawca.

Działanie zamawiającego jest także niezgodne z zasadą określoną w art. 7 Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 14 808 808 zł. Podczas otwarcia ofert podał, że zamierza wydatkować na sfinansowanie zamówienia kwotę

17 808 808 zł. brutto. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę brutto 14 022 800,11 zł.

Wykonawca wybrany zaoferował cenę 12 528 698,73 zł brutto za realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wzywał wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do pisemnego udzielenia wyjaśnień, gdyż uznał, że oferta z ceną o około 11% niższą niż pozostałe najtańsze oferty nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty wykonawcy wybranego i odwołującego, pisma zamawiającego z dnia 9 lutego 2009 r. i Rozliczenie ceny oferty „INSBUD” złożone przez odwołującego wskazujące na zaniżenie wyceny oferty ze względu na zaoferowanie zbyt niskiej ceny 1 roboczogodziny w wybranej ofercie oraz przykładowe faktury i oferty dystrybutorów materiałów budowlanych złożone przez przystępującego jako dowód na możliwość uzyskania niższych cen na materiały niż zostały zaoferowane w kosztorysie ofertowym w wybranej ofercie

Izba rozważyła stanowiska stron podniesione na rozprawie oraz przedstawione w pismach.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp oraz Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W granicach zarzutu zaoferowania oferty zawierającej rażąco niską cenę, co zdaniem odwołującego powinno skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W przedmiotowym przetargu na wykonanie zadania 1 zostało złożonych kilkanaście ofert, a 4 z tych ofert opiewały na kwoty niższe niż 15 000 000 zł stanowiąc grupę najtańszych ofert. Zamawiający ustanowił jedyne kryterium oceny ofert – najniższa cena, str. 21 i 22, tytuł II (e/ eI) „Opis kryteriów...” ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją.

Cena wybranej oferty w kwocie 12 528 698,73 zł jest niższa od cen pozostałych złożonych ofert z grupy najtańszych ofert o 10,65% (oferta odwołującego w cenie 14 022 800,80 zł), 15,44% (oferta wykonawcy PRO-LOG w cenie 14 816 567,94 zł) i 15,52% (oferta wykonawcy Tor w cenie 14 830 947,54 zł), jednak różnica w cenach w grupie czterech najtańszych ofert nie jest na tyle istotna aby można było mówić o rażącej różnicy, a tym samym rażąco niskiej cenie oferty. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku KIO z dnia 11 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 273/08, cyt. „Tylko wtedy, gdy Zamawiający wykaże rażące zniżenie ceny w stosunku do czynników obiektywnych i odrzuci ofertę można mówić o zachowaniu wymagań przewidzianych w art. 90 ust. 1-3 Pzp.”. W badanym przypadku odwołujący nie wykazał, że wybrana oferta opiewa na cenę wyraźnie niższą od pozostałych, złożonych w porównywanej grupie czterech najtańszych ofert. Zgodnie z internetowym Słownikiem języka polskiego PWN rażący to: „rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży”.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że wycena szacunkowej wartości zamówienia na kwotę około 18 mln zł została dokonana w lipcu 2008 r., kiedy nie było mowy o żadnym kryzysie i był okres tzw. „rynku wykonawców”, a oferty były składane i, co za tym idzie, sporządzane w grudniu 2009 r., kiedy dało się odczuć oznaki kryzysu i nastał okres tzw. „rynku inwestorów”.

Również zamawiający przy ocenie, czy oferta w swojej całości zawiera rażąco niską cenę musi brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Podobne stwierdzenie można znaleźć na str. 305 w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Warszawa 2007 r., pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, cyt. „ Przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Zamawiający nie może zatem opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach kalkulacyjnych, stanowiących część składową ceny.”.

Dlatego ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się jedynie przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, ale powinno mieć również na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach oraz zmiany sytuacji na rynku. Nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej.

Badana oferta jest tańsza o około 10%-15% od pozostałych najtańszych ofert. Poza tym odwołujący wskazał tylko na jeden element kalkulacji, który – zdaniem odwołującego – został rażąco zniżony. Tym elementem był koszt roboczogodziny wynoszący dla części prac 3,5 zł. Jednak ogólny koszt robocizny wybranego wykonawcy jest wyższy niż wykazany w ofercie odwołującego. Wobec ryczałtowego rozliczenia wykonania zamówienia, wykonawca, mimo skalkulowania cen jak w ofercie, będzie mógł zapewnić płacę dla zatrudnionych przez siebie pracowników na minimalnym poziomie, zgodnym z ogólnie obowiązującymi przepisami. Wykazał to przystępujący, stwierdzając, że w trakcie wykonywania zamówienia będzie mógł organizować pracę robotników w sposób zapewniający uzyskanie przez nich

minimalnego wynagrodzenia miesięcznego, a ponadto w trakcie wykonywania zamówienia będzie mógł uzyskiwać niższe ceny za materiały, a zaoszczędzone w ten sposób środki finansowe będzie mógł przeznaczać na inne kierunki działania np. na wynagrodzenie. Protestujący wykazał możliwość takich działań przedstawiając oferty dystrybutorów i faktury za materiały. Izba stwierdza, że takie rozwiązanie jest możliwe – w przypadku, jaki zaistniał w badanej sprawie, rozliczenia ryczałtowego, o czym stanowi wzór umowy, tom II, rozdz. I, ust. 4 str. 3 oraz klauzula 14.1 na str. 62.

Wreszcie podkreślenia wymaga, iż odwołujący jedynie wskazał, że uznana za najkorzystniejszą oferta zawiera rażąco niską cenę, przy czym wskazał tylko na jeden element kalkulacji i nie wyjaśnił na czym miałyby polegać sugerowana nieadekwatność ceny oferty do przedmiotu zamówienia. Również odwołujący nie uczynił tego w złożonym dowodzie >>Rozliczenie ceny oferty „INSBUD”<<, gdyż przedstawione wyliczenie opierało się tylko na kwestionowanej stawce 3,5 zł za roboczogodzinę, a nie brało pod uwagę innych elementów jak koszt materiałów czy wysokość narzutów.

Ze względu na powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W granicach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „INSBUD”, gdyż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Odwołujący nie wykazał, że kwestionowana oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zgodnie z przepisami art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 1 przytoczonej ustawy stanowi, cyt. "Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.". Natomiast przepis art. 15 ust. 1 przytoczonej ustawy stanowi, cyt. "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."

Jak zostało to wyżej wskazane teza, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zawarcie w ofercie wykonawcy „INSBUD” stawki roboczogodziny w wysokości 3,5 zł dla niektórych robót budowlano-montażowych nie może się ostać. Wybrany wykonawca będzie mógł tak zorganizować pracę na tej budowie i na innych realizowanych przez siebie budowach, aby mimo tak ustalonej stawki pracownicy uzyskiwali zgodne z prawem minimalne wynagrodzenie miesięczne. Dlatego skład orzekający Izby uznał, że wskazanie w kosztorysie ofertowym jeden element z niższą kwotą niż wycieczoną na podstawie przepisów

przez odwołującego nie jest sprzeczne z prawem, ani pozostałymi przesłankami wskazanymi w art. 3 ust. 1 przytoczonej ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Również odwołujący nie wykazał, że zaoferowanie w kosztorysie ofertowym jednego elementu o kwestionowanej wysokości jest czynem nieuczciwej konkurencji, utrudniającym innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia prawa przez zaniżenie stawek robocizny, zupełnie pominał fakt, iż w pozostałych pozycjach kosztorysu ofertowego oprotestowanej oferty zawierającej koszty robocizny zostały ustalone dwukrotnie wyższe stawki roboczogodzin. W rozpatrywanej ofercie znajduje się wskazanie dwóch różnych stawek roboczogodzin odmiennych w zależności od charakteru wykonywanych prac. Stawka 3,50 zł, wskazywana w proteście, odnosi się zasadniczo do prostszych prac budowlanych, z kolei dla robót wymagających wyższych kwalifikacji zawodowych przewidziana została stawka 7,00 zł za roboczogodzinę i jest to wartość dominująca w pozycjach opisujących koszty robocizny. Jednak – co jest z punktu widzenia składu orzekającego Izby bardzo istotne – łączna wysokość kosztów robocizny zawarta w oprotestowanej ofercie jest wyższa aniżeli odpowiadająca jej wartość wynikająca z oferty odwołującego.

Powoływanie się na zarzut zaistnienia praktyk nieuczciwej konkurencji w przypadku wskazywania na jedną pozycję cenową, jak to ma miejsce w badanej sprawie, jest działaniem chybionym. Konkurencja cenowa *de facto* nie dotyczy kosztów robocizny, które w ofercie najkorzystniejszej globalnie są wyższe niż w ofercie protestującego; konkurencyjna cena oferty najkorzystniejszej wynika z niższego poziomu innych składników, do których odwołujący nie miał zastrzeżeń.

Podobnie wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 marca 2005 r. sygn. akt UZP/Z0/0-496/05 stanowiący, iż „Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Takie zachowanie wykonawców nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu generalnej klauzuli określającej czyn nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” Ponadto w tym przypadku odwołujący, a w wyroku zamawiający „wskazując art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji będącym przepisem szczególnym, określającym zachowanie będące nieuczciwą konkurencją nie wykazał, że złożenie oferty Odwołującego się [w badanym przypadku przystępującego] w świetle przesłanek określonych w tym artykule jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zamawiający [w

badanym przypadku odwołujący] nie badał czynu nieuczciwej konkurencji w świetle przesłanek określonych w art. 15 ust. 1 pkt 1.”.

Ze względu na powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W granicach zarzutu wyboru oferty wykonawcy „INSBUD” z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Zarzut ten był oparty na założeniu, że oferta wybranego wykonawcy podlega odrzuceniu zgodnie z unormowaniami art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, a zamawiający naruszył te przepisy i nie odrzucił tej oferty, a ponadto dokonał jej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej. Zdaniem składu orzekającego Izby w świetle przedstawionych wywodów zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Izba wzięła pod uwagę wszystkie argumenty odwołującego, a w tym zastrzeżenia do nierzetelności czy błędów w kalkulacji oraz wskazanie na działanie poniżej kosztów wytworzenia, jednak te argumenty nie wpłynęły na stanowisko składu orzekającego izby, gdyż odwołujący nie wykazał, że protestujący złożył ofertę zawierającą cenę poniżej kosztów wytworzenia ani że kalkulacja przystępującego została sporządzona nierzetelnie lub, że zawierała błędy.

Z tych względów Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....