

Sygn. akt: KIO/UZP 1831/09

**WYROK**  
**z dnia 14 stycznia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Małgorzata Rakowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Anna Packo</b> <b>Marzena Teresa Ordysińska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Łukasz Listkiewicz</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bożenę Guzik prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „MODUŁ” Zakład Budownictwa Ogólnego Bożena Guzik z siedzibą w Gorlicach, ul. Stróżówka 67, 38-300 Gorlice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Daleszyce, Plac Staszica 9, 26-021 Daleszyce** protestu z dnia 16 listopada 2009 r.

przy udziale konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Instalacji Przemysłowych INSTAL WARSZAWA S.A., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa (lider konsorcjum), Zakład Usług Budowlanych i Instalacyjnych ADMAR Adam Orzech, Alina Orzech Spółka jawna, ul. Zbożowa 5, 36-100 Kolbuszowa (partner)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Bożenę Guzik prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „MODUŁ” Zakład Budownictwa Ogólnego Bożena Guzik z siedzibą w Gorlicach, ul. Stróżówka 67, 38-300 Gorlice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Bożenę Guzik prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „MODUŁ” Zakład Budownictwa Ogólnego Bożena Guzik z siedzibą w Gorlicach, ul. Stróżówka 67, 38-300 Gorlice,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 928 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) przez **Bożenę Guzik prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „MODUŁ” Zakład Budownictwa Ogólnego Bożena Guzik z siedzibą w Gorlicach, ul. Stróżówka 67, 38-300 Gorlice** na rzecz **Gminy Daleszyce, Plac Staszica 9, 26-021 Daleszyce** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bożeny Guzik prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „MODUŁ” Zakład Budownictwa Ogólnego Bożena Guzik z siedzibą w Gorlicach, ul. Stróżówka 67, 38-300 Gorlice.**

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

Gmina Daleszyce, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę kanalizacji sanitarnej z przyłączami i pompowniami ścieków dla miejscowości Suków, Gm. Daleszyce – I etap”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 września 2009 r., poz. 146985-2009.

W dniu 5 listopada 2009 r. Zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Bożeny Guzik prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „MODUŁ” Zakład Budownictwa Ogólnego Bożena Guzik z siedzibą w Gorlicach, zwanego dalej „Odwołującym” ze względu na to, iż Odwołujący uchylił się od udzielenia wyjaśnień, a w złożonych wyjaśnieniach nie podał żadnego powodu, który byłby usprawiedliwieniem zastosowania ceny ofertowej

w podanej wysokości. Ponadto Odwołujący nie wycenił gruntów kategorii siódmej (skały), co nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji

Pismem z dnia 16 listopada 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na niezgodnym z prawem rozstrzygnięciu postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. cofnięcie decyzji o odrzuceniu jego oferty, ocenionej bezzasadnie jako zawierającej rażąco niską cenę i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. cofnięcie zarzutu o nieuwzględnieniu gruntu kat. VII, który z racji ryczałtowej formuły ceny ofertowej jest pozbawiony podstaw i nie może stanowić motywu odrzucenia oferty.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący zakwestionował ocenę złożonych przez niego wyjaśnień, podkreślając iż dokonując oceny ewentualności rażąco niskiej ceny Zamawiający ma obowiązek kierować się ceną ofertową rozumianą jako całość, zaś błędnym jest odnoszenie się lub ocenianie zdarzenia wedle poszczególnych składników ceny, podnosząc iż w złożonych wyjaśnieniach odniósł się szczegółowo do kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji. Nadto dodał, iż przeprowadzona przez niego bieżąca analiza rynku wskazuje na to, iż wskaźnik odnoszący się do jego ceny ofertowej wynosi 396,90 zł za 1 mb i jest wyższy niż w innych postępowaniach prowadzonych w tym okresie.

Pismem 17 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Instalacji Przemysłowych INSTAL WARSZAWA S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Zakład Usług Budowlanych i Instalacyjnych ADMAR Adam Orzech, Alina Orzech Spółka Jawna z siedzibą w Kolbuszowej, zwane dalej „konsorcjum INSTAL WARSZAWA” otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 19 listopada 2009 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum INSTAL WARSZAWA przystąpiło do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 26 listopada 2009 r. (wpływ do Odwołującego w dniu 27 listopada 2009 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, uznając protest za niezasadny z uwagi na to, iż Odwołujący w swoich wyjaśnieniach zamiast przedstawić dowody na to, iż zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska skupił się na udowodnianiu tezy, że Zamawiający oceniając ofertę w kontekście rażąco niskiej ceny powinien brać pod uwagę cenę całkowitą, a nie poszczególne ceny jednostkowe, a z czym

Zamawiający się nie zgadza, gdyż wyjaśnienia Odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami dlatego też nie mogły zostać uwzględnione.

Pismem z dnia 24 listopada 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma bezpośredni do Prezesa UZP w dniu 27 listopada 2009 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 30 listopada 2009 r.), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz żądania zawarte w proteście.

W dniu 7 stycznia 2010 r. (pismem z dnia 6 stycznia 2009 r.) konsorcjum INSTAL WARSZAWA przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się jednak do wniosków zgłoszonych przez Zamawiającego i Przystępującego, stwierdzić należy, iż art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp nakazuje odrzucić odwołanie, jeżeli Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp. Kwestią sporną w niniejszej sprawie jest ustalenie, czy przekazanie kopii pisma określonego jako „odwołanie” bez wymaganych przepisami załączników stanowi wykonanie obowiązku określonego w powołanym wyżej przepisie. W § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) określono zawartość odwołania, natomiast w ustępie 2 tego przepisu wskazano dokumenty, które są dołączane do odwołania. Dokumenty te nie stanowią zatem integralnej części odwołania, lecz są jego załącznikami. Oznacza to więc, że brak jest podstaw do odmowy uznania, że nastąpiło przekazanie kopii odwołania w trybie art. 184 ust. 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Odwołujący nie przekazał równocześnie załączników do przedmiotowego odwołania.

Art. 187 ust. 4 ustawy Pzp zawiera katalog enumeratywnie wymienionych przesłanek odrzucenia odwołania i wśród okoliczności tych nie występuje przesłanka braku zabezpieczenia oferty wadium. Dlatego też okoliczność ta nie może stanowić podstawy odrzucenia odwołania.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający, pismem z dnia 16 października 2009 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty Odwołującego, mających wpływ na wysokość ceny, tj.:

- wyceny studni betonowych fi 1000 mm x 500 mm (s. 94 kosztorysu ofertowego), gdzie przyjęto cenę kręga w wysokości 90 zł/szt;
- wyceny studni z tworzyw sztucznych fi 1000 mm (s.101,102, 112, 125, 136, 154 i 155) za cenę łączną 679 zł/szt.;
- wyceny ceny sprzętu (przykładowo ceny: koparki gąsiennicowej (25 zł/godz.), zagęszczarki mechanicznej do gruntu (5 zł/mg), żurawia samochodowego (10 zł/m)).

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący, pismem z dnia 19 października 2009 r., wskazał, iż zaoferowana cena studni betonowych mieści się w granicach cen rynkowych, a żądanie wskazania producenta studzienek oraz przedłożenia atestów stanowi naruszenie obowiązujących przepisów prawa oraz wymogów zawartych w SIWZ. Nadto dodając, iż każda z pozycji w kosztorysie ofertowym dotycząca studni z tworzyw sztucznych traktowana jest jako całość, co oznacza iż w cenie ujęto także pierścienie dystansowe oraz włazy, gdyż stożki w tego rodzaju studniach nie występują. Natomiast stawki za pracę sprzętu skalkulowane zostały rzetelnie i w sposób potwierdzony w realizowanych przez niego zamówieniach.

Zamawiający uznał, iż Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił żadnego powodu, który byłby usprawiedliwieniem zastosowania ceny ofertowej w podanej przez niego wysokości, w konsekwencji czego, działając na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Z powyższego należy wywieść, iż to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny. Tymczasem Odwołujący kwestionując czynność odrzucenia jego oferty istotnie, jak słusznie zauważył Zamawiający, odniósł wysokość zaoferowanej przez siebie ceny do ceny mb w innych postępowaniach o analogicznym – jak podniósł Odwołujący – przedmiocie zamówienia. Natomiast, odnosząc się do kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji, użył zwrotów ogólnikowych, wskazując:

- w odniesieniu do studni betonowych, że „zaoferowana cena mieści się w granicach cen rynkowych rozpoznanych na okoliczność złożenia oferty”,

- w odniesieniu do studni z tworzyw sztucznych, iż „każda z pozycji (...) traktowana jest jako całość (...)”, a ich cena wynikowa nie odbiega od „dzisiejszych cen rynkowych”,
- w odniesieniu do stawki za prace sprzętu, iż zostały one skalkulowane „rzetelnie i w sposób potwierdzony wielokrotnie w realizowanych zamówieniach publicznych”.

Mimo, iż Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób jednoznaczny wskazał nie tylko pozycje, które wzbudziły jego wątpliwości, podając iż chodzi o ceny materiałów, które mają być użyte do realizacji zamówienia, jak również ceny pracy sprzętu, Odwołujący do tych kwestii się nie odniósł, podejmując polemikę w zakresie zasadności odnoszenia rażąco niskiej ceny do cen jednostkowych. Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny, nie wnosząc na tę czynność środka odwoławczego (protestu). Same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające tak niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, jakich niewątpliwie Odwołujący użył w niniejszym stanie faktycznym, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. A ponieważ składa je podmiot zainteresowany w sprawie to same i do tego ogólnikowe wyjaśnienia nie mogą być obiektywne. Tym bardziej, że cena zaoferowana przez Odwołującego znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia oszacował bowiem na kwotę 16.469.350,82 zł netto (druk ZP-1). Natomiast Odwołujący za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował kwotę netto w wysokości 6.944.790,58 zł oraz kwotę brutto w wysokości 8.472.644,51 zł. Niemniej jednak cena znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych, np. zakupu materiałów, a to m.in. cena wskazanych w wezwaniu materiałów: studni betonowych i studni z tworzyw sztucznych, jak również ceny pracy sprzętu, w niniejszym stanie faktycznym, wzbudziły wątpliwość Zamawiającego. Izba podzieliła stanowisko Przystępującego i Zamawiającego, iż nie można dokonać porównania cen zaproponowanych w różnych przetargach, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, bez szczegółowego odniesienia się do stopnia trudności wykonywanych robót ziemnych, w tym warunków gruntowych, specyfiki projektu, wybranych rozwiązań technicznych, rodzaju i standardów zaprojektowanych materiałów. Odwołujący, powołując się na postępowania prowadzone w określonych miejscowościach nie wyspecyfikował bowiem okoliczności, które byłyby porównywalne z przedmiotowym postępowaniem, a jednocześnie bezsprzecznie potwierdzały stanowisko prezentowane przez Odwołującego. Skoro jednak Odwołujący nie tylko w momencie składania wyjaśnień,

ale również w złożonym proteście i odwołaniu w sposób konsekwentny nie dowodzi, iż ceny zaoferowane w kwestionowanych pozycjach, a niewątpliwie wpływające na cenę oferty są cenami skalkulowanymi w oparciu o obiektywne czynniki, należy stwierdzić iż Zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając jego ofertę na podstawie wskazanego przepisu.

Nadto Izba ustaliła, co jest bezspornym między stronami, iż Odwołujący nie wycenił w kosztorysie ofertowym pozycji gruntu kategorii VII, podkreślając w złożonym proteście, iż fakt złożenia oferty oznacza deklarację zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę. Wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym ustalonym na podstawie kosztorysu ofertowego. Niemniej jednak wykonawcy, w oparciu o przedłożone przedmiary, zobowiązani byli sporządzić i przedłożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy, który miał następnie stanowić załącznik do umowy o przedmiotowe zamówienie, zgodnie z § 3 projektu umowy. Tymczasem z kosztorysu ofertowego przedłożonego przez Odwołującego nie wynika, iż wykona on cały przedmiot zamówienia. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż udział gruntów kategorii VII stanowi jedynie 4% w skali całego zadania, w kontekście szczególnych warunków geologicznych gminy Daleszyce (fałdowanie hercyńskie) zawartych w dokumentacji geologicznej, jak podnieśli zgodnie Zamawiający i Przystępujący, nie mogą być odnoszone do innych gmin, zwłaszcza iż istotnym z punktu widzenia realizacji zamówienia jest m.in. rodzaj skał, ich głębokość i okoliczność ta ma istotny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia, a tym samym na wysokość ceny.

Skoro więc przedłożone przez Odwołującego kosztorysy ofertowe nie obejmują wskazanego zakresu robót - tym samym zachodzi sprzeczność treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ. Tak więc i w tym zakresie zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 2.928,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....