

Sygn. akt: KIO/UZP 166/09

WYROK
z dnia 16 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zbigniewa Zaborowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZIBEX” – Zakład Remontowo-Budowlany z siedzibą w Glewicach, Glewice 18 c, 72-100 Goleniów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **powiat goleniowski, ul. Dworcowa 1, 72-100 Goleniów** protestu z dnia 11 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Zbigniewa Zaborowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZIBEX” – Zakład Remontowo-Budowlany z siedzibą w Glewicach, Glewice 18 c, 72-100 Goleniów 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 **Zbigniewa Zaborowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZIBEX” – Zakład Remontowo-Budowlany z siedzibą w Glewicach, Glewice 18 c, 72-100 Goleniów,**

- 2) 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 **Zbigniewa Zaborowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZIBEX” – Zakład Remontowo-Budowlany z siedzibą w Głewicach, Głewice 18 c, 72-100 Goleniów.**

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

Powiat goleniowski, zwany 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”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Termomodernizację budynku Zespołu Szkół Zawodowych w Goleniowie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 listopada 2009 r., poz. 217271.

W dniu 30 grudnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Zbigniewa Zaborowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZIBEX” – Zakład Remontowo-Budowlany z siedzibą w Goleniowie, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu go z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podnosząc iż w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wzywające do udzielenia wyjaśnień wyceny dokumentów robót dotyczących sali gimnastycznej, budynku administracyjnego, łącznika nr 1 do sali gimnastycznej oraz tarasu Odwołujący przedstawił bardzo ogólne stwierdzenia mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny bez przedłożenia szczegółowych wyjaśnień. Nie przedstawił także żadnych kalkulacji, jak i dokumentów potwierdzających, z treści których wynikałoby, że zamówienie po zaoferowanej cenie jest porównywalne cenowo do wartości rynkowej przedmiotu zamówienia. Nie podał także żadnych obiektywnych czynników wpływających na wysokość podanej ceny, metody wykonania, rozwiązań technicznych pozwalających na obniżenie ceny.

Pismem z dnia 8 stycznia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2010 r.) Odwołujący wniósł protest wobec następujących czynności Zamawiającego:

1. odrzucenia oferty Odwołującego przez naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp,
2. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy Pzp,
3. nieuprawnionego objęcia klauzulą poufności informacji dotyczącej elementów oferty PHU REM-BUD Herba & Świadek Sp. z o.o. z siedzibą w Goleniowie, zwanego dalej

„REM-BUD”, mających wpływ na wysokość ceny, naruszając zasadę jawności postępowania (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp),

4. prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady bezstronności i obiektywizmu powodujące naruszenie art. 7 ust. 2 ustawy Pzp,
5. naruszenia zasady pisemności postępowania, a tym samym naruszenie art. 9 ust. 1 w związku z art. 96 ustawy Pzp,
6. opublikowania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej bez zatwierdzenia protokołu przez kierownika jednostki w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 96 ustawy Pzp (czyli *de facto* nie dokonania ważnego wyboru oferty najkorzystniejszej).

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. powtórzenie postępowania w części dotyczącej oceny ofert i wybrania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
2. zastosowania zasad bezstronności, obiektywizmu i pisemności w zakresie powtórnego postępowania,
3. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty jako czynności dokonanej bezprawnie bez zatwierdzenia protokołu przez kierownika jednostki,
4. ujawnienie wyjaśnień wykonawcy REM-BUD.

W uzasadnieniu Odwołujący m.in. wskazał, iż zaoferowana przez niego cena zapewnia zysk, a obiektywne czynniki i warunki sprzyjające wykonaniu zamówienia jak: spadek cen na rynku usług budowlanych związany z kryzysem, obniżenie stawki roboczogodziny, posiadanie własnego rusztowania, środków transportowych i pozostałego sprzętu do wykonania zamówienia oraz dysponowanie 30% materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Nadto podniósł, iż trwający kryzys jest powszechnie znanym faktem nie wymagającym udowodnienia, dlatego też wprost faktu tego nie podnosił, a fakty powszechnie znane – w myśl przepisów k.c. – nie wymagają udowodnienia. Zamawiający przeszacował wartość zamówienia, nie uwzględniając aktualnej sytuacji stagnacji na rynku usług budowlanych i trwającego kryzysu dotyczącego najbardziej prywatnych przedsiębiorców.

Pismem z dnia 20 stycznia 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc m. in., iż przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie zawierały żadnych kalkulacji cenowych elementów robót. Odwołujący przedstawił jedynie stawki roboczogodziny w wysokości 8,50 zł bez określenia czy jest to stawka netto, czy brutto, jak również oświadczył, iż posiada własne rusztowanie, środki transportowe oraz 30% materiałów niezbędnych do wykonania robót. W ocenie Zamawiającego posiadanie rusztowania jest w jakimś stopniu czynnikiem

wpływającym na obniżenie ceny, natomiast samo posiadanie 30% materiałów niezbędnych do wykonania robót bez podania ich ceny w kalkulacji oferty oraz dokumentów potwierdzających, z treści których wynikałoby, że ich wartość jest porównywalna do cen rynkowych nie została przez Odwołującego określona w złożonym wyjaśnieniu.

Pismem z dnia 18 stycznia 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 20 stycznia 2010 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 18 stycznia 2010 r.; data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 18 stycznia 2010 r.), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

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 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.

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 18 grudnia 2009 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty Odwołującego, mających wpływ na wysokość ceny, wskazując iż „z porównania oferty Odwołującego oraz wartości przedmiotu zamówienia ustalonej według kosztorysu inwestorskiego wynika, iż oferta Odwołującego w Zbiorczym zestawieniu cenowym w elementach: sala gimnastyczna, budynek administracyjny, łącznik nr 1 – sala gimnastyczna, taras w sposób znaczący odbiega od szacunków Zamawiającego i cen pozostałych ofert”.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący, pismem z dnia 21 grudnia 2009 r., wskazał, iż nastąpił gwałtowny spadek zleceń na roboty budowlane, a ponieważ zatrudnia około 20 osób, podjął drastyczną obniżkę stawki roboczo-godziny kosztorysowej z 14 na 8,50 zł/godz. przy minimalnym zysku i kosztach zakupy. Nadto dodając, iż posiada rusztowanie fasadowe własne w ilości 800 m², środki transportu i elektronarzędzia oraz 30% materiałów potrzebnych do realizacji zlecenia (kleje, materiały izolacyjne, siatki, płytki, papa, gaz, folia).

Zamawiający uznał, iż Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych kalkulacji, jak i dokumentów potwierdzających, z treści których wynikałoby, że zamówienie po zaoferowanej cenie jest porównywalne cenowo do wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, jak również nie podał żadnych obiektywnych czynników wpływających na

wysokość podanej ceny, metody wykonania, rozwiązań technicznych pozwalających na obniżenie ceny, w konsekwencji czego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż „Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonywania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy (...)”. Tak więc wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, jak również, w jakim stopniu dzięki wskazanym przez wykonawcę czynnikom cena została obniżona. Natomiast Zamawiający, dokonując oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, powinien wziąć pod uwagę powody o obiektywnym charakterze, w tym także wszystkie czynniki, które zostały wymienione ww. przepisie. I dopiero wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuca taką ofertę. Oznacza to, iż to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny, bądź też chociażby ich istnienie uprawdopodobnić.

Bezspornym jest, iż posiadanie własnego rusztowania – co niewątpliwie przyznał także Zamawiający – stanowi czynnik wpływający na obniżenie ceny. Czynnikiem takim mogłyby być także pozostałe elementy wskazane przez Odwołującego, w tym fakt posiadania materiałów niezbędnych do wykonania robót. Niemniej jednak Odwołujący poza niewątpliwie ogólnym stwierdzeniem, iż takowe materiały znajdują się w jego posiadaniu, w żaden sposób nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż rzeczywiście tak jest, jak i, iż materiały te w określonym stopniu wpłynęły na zaoferowaną przez niego cenę. Wartości tych materiałów – jak Odwołujący oświadczył na rozprawie - prawdopodobnie w ogóle nie uwzględnił w oferowanej cenie, bądź też zaproponował ceny niższe w stosunku do aktualnych cen rynkowych. Podobnie należy się odnieść do stawki roboczogodziny, wskazanej bez podania jakiegokolwiek kalkulacji. Tak więc same wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe twierdzenia, a takich sformułowań Odwołujący niewątpliwie użył w niniejszym stanie faktycznym, nie mogą stanowić dowodu w sprawie. To bowiem 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 wyjaśnienia Odwołującego jakoby główną przyczyną zaoferowania niskiej ceny było zapewnienie pracy pracownikom zakładu – kosztem jego zysku, wydają się wręcz nieprawdopodobne.

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 realność zaoferowanej ceny.

Skoro jednak Odwołujący nie tylko w momencie składania wyjaśnień, ale również w złożonym proteście i odwołaniu nie dowodzi, iż wskazane przez niego elementy stanowią rzeczywiście obiektywne czynniki, mające wpływ na zaoferowaną cenę, ograniczając się jedynie do twierdzenie, że tak rzeczywiście jest, a tym samym, iż skalkulowana przez niego cena, nie jest ceną rażąco niska w oparciu o obiektywne czynniki, należy stwierdzić iż Zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając jego ofertę na podstawie wskazanego przepisu. Tak udzielonych wyjaśnień nie można bowiem potraktować jako wystarczających w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę REM-BUD, jak i dotyczących nieprawidłowości dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania nie mogą być przez Izbę rozpatrzone z uwagi na treść art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp, który to przepis zawiera enumeratywne wyliczenie okoliczności, zaistnienie których skutkuje możliwością wniesienia odwołania. Na obecnym etapie postępowania okolicznością taką może być jedynie wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenie jego oferty.

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.

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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....