

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 kwietnia 2009r

**Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy -
Odwoławczy** w następującym składzie:

Przewodniczący - Sędzia: SO Andrzej Ganiewski

Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera (spr.)

Sędzia: SO Adam Sęk

Protokolant: protokolant Rafał Bielski

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2009r w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Przedsiębiorstwa Budowlano - Transportowego Wikar
spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łososinie Dolnej
przy uczestnictwie Gminy Myślenice i Przedsiębiorstwa Instalacji
Sanitarnych INSBUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Tarnowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 12 lutego 2009r sygn. akt KIO/UZP 126/09

**I. w uwzględnieniu skargi zmienia zaskarżony wyrok w ten
sposób, że unieważnia dokonaną przez zamawiającego
czynność wyboru oferty i nakazuje zamawiającemu ponowne
dokonanie czynności wyboru oferty z uwzględnieniem
dyspozycji zawartej w art. 90 Prawa zamówień publicznych;**

**II. zasądza od uczestnika Gminy Myślenice na rzecz skarżącego
Przedsiębiorstwa Budowlano - Transportowego Wikar spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Łososinie Dolnej koszty
postępowania w kwocie 8.791,00 zł (osiem tysięcy siedemset
dziewięćdziesiąt jeden złotych)**

W odwołaniu od rozstrzygnięcia postępowania przetargowego przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Poręba, Trzemeśnia i Bulina ogłoszonego przez Gminę Myślenice „WIKAR „, Przedsiębiorstwo Budowlano- Transportowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łososinie Dolnej zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 cyt. Ustawy w drodze zaniechania odrzucenia oferty PIS „INSBUD „, spółki z o. o. w Tarnowie, wybranej jako najkorzystniejsza.

Zdaniem spółki „WIKAR „, oferta „INSBUD „, zawierała rażąco niską stawkę roboczogodziny w rozmiarze 3, 50 zł, odbiegającą od cen

zaoferowanych przez innych wykonawców jak i od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia. Kwota roboczogodziny spowodowała wygenerowanie ceny nieadekwatnej do realnych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i w efekcie wybór tej oferty doprowadził do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, nakazującego odrzucenie oferty z rażąco niską ceną.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia dawała zaś możliwość oceny przez zamawiającego czynników wpływających na cenę oferty, w szczególności wybranych rozwiązań technicznych, sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu, oszczędności metody wykonania itp.

Podniesiono też, że odstępstwo ceny wybranej oferty od cen innych ofert jest możliwe do stwierdzenia przez zwykłe ich porównanie ponieważ o ile ceny pozostałych ofert są do siebie zbliżone o tyle wybrana oferta jest niższa o około 1,5 miliona złotych, a także znacznie niższa od wyceny zamawiającego.

Naruszenia art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący upatrywał w zastosowaniu stawki 3,50 zł za roboczogodzinę, znacznie niższej od obowiązującej stawki minimalnego wynagrodzenia pracownika.

Zastosowanie tej stawki nawet w warunkach umowy zlecenia przedstawia się według odwołującego jako działanie nierealne i nieprzystające do warunków rynkowych, tym bardziej, że wynagrodzenie pracownika obejmuje też inne czynniki. Oferta więc nie obejmuje całości kosztów wykonania inwestycji.

Zdaniem zamawiającego uznanie ceny za rażąco zaniżoną może nastąpić w przypadku gdy cena ta odbiega od porównywalnych cenowo ofert dotyczących podobnych zamówień o około 10 - 15 % wartości.

Zaprzecza on też aby doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, wskazując, że wymóg minimalnego wynagrodzenia odnosi się jedynie do zatrudnionych na podstawie umowy o pracę natomiast wygrywający wykonawca nie wykluczył podzlecenia części prac podwykonawcom w ramach umów cywilno-prawnych.

Wskazał nadto, że w przypadku zawarcia umów o pracę możliwe jest powiększenie wynagrodzenia o dodatki, premie czy nagrody, podnosząc dodatkowo, iż stawka 3,50 zł dotyczy prostych prac budowlanych, zaś dla robót wymagających wyższych kwalifikacji przewidziano stawkę 7 zł za

roboczogodzinę i jest to stawka dominująca.

Sam fakt skalkulowania ceny oferty w oparciu o niektóre elementy cenowe ustalone na niższym poziomie samo przez się nie dowodzi by doszło do utrudniania dostępu do rynku innym wykonawcom oraz, że ceny podano poniżej kosztów wytworzenia.

Ponadto różnica w cenie nie wynika z kosztów robocizny lecz z niższego poziomu zysku przyjętego przez wygrywającego wykonawcę w wysokości 10 %, w odróżnieniu od odwołującego, który założył zysk na poziomie 15 %.

W postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą „WIKAR „, podtrzymał zajęte stanowisko, podnosząc dodatkowo, że zbyt niska stawka jest niezgodna z art. 5 i 58 kc i jeśli pracownicy zakwalifikowani do tej stawki /robotnicy budowlani, monterzy, ślusarze/ nie są pracownikami spółki INSBUD to winna ona złożyć oświadczenie, że dysponuje takimi pracownikami lub, że oświadczenie złożone na podstawie art. 22 ust. 1 Pzp jest nieprawdziwe.

Według kalkulacji odwołującego opartej na zasadach oferty wygrywającej wykonanie zamówienia na takich warunkach generuje zysk ujemny.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w odrzuceniu protestu, uznając, iż różnica w wysokości ceny w rozmiarze 8 % nie kwalifikuje jej jako rażąco zaniżoną. Rozbieżności pomiędzy szacunkową wartością zamówienia a wysokością ofert wyjaśniał różnicą czasową pomiędzy dokonaniem szacunku /lato 2008/ a ogłoszeniem o przetargu/ jesień 2008/ i kryzysem.

Spółka INSBUD jako przystępujący po stronie zamawiającego podał, że z uwagi na niskie koszty materiałowe może przerzucać wydatki między pozycjami cen roboczogodziny, zaś dealerzy mogą czynić upusty na materiałach w rozmiarze do 15 %.

Odwołujący wyjaśnił, iż swoje koszty pośrednie od robocizny skosztował na poziomie 45 % podczas gdy przystępujący na poziomie 20 % zaś na rynku zaleca się kształtowanie ich w wysokości 65 %. Tylko w kosztorysach elektrycznych przyjął zysk 15 %, w pozostałych 5 % i z jego obliczeń wynika, iż przystępujący musi wyłożyć o 452 000 złotych więcej w związku z zaniżeniem robocizny, a więc dodać więcej niż wynosi zysk.

Wyrokiem z dnia 12 lutego 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie spółki „WIKAR”.

Izba zważyła, że jedynym kryterium oceny ofert była według SIWZ najniższa cena.

Ceny czterech najtańszych ofert opiewały na kwoty niższe niż 15 000 000 złotych, a cena oferty wybranej/ 12 528 698,73 zł/ była niższa od najtańszych o 10,65 % / oferta odwołującego na 14 022 800,80 zł/ i od pozostałych najtańszych o 15,44 i 15,52 % co nie wskazuje na zastosowanie ceny rażąco zaniżonej.

Izba wzięła przy tym pod uwagę, że wycena szacunkowej wartości

zamówienia na kwotę około 18 milionów złotych miała miejsce w okresie „rynku wykonawców”, zaś oferty sporządzano w grudniu 2008 roku czyli w okresie „rynku inwestorów”, wskazując przy tym, że przy ocenie czy oferta zawiera cenę rażąco zaniżoną bierze się pod uwagę ogólną cenę oferty nie zaś jej poszczególne elementy kalkulacyjne, a także ceny rynkowe.

Dalej wywiodła, że ogólny koszt robocizny wybranego wykonawcy jest wyższy niż w ofercie odwołującego zwłaszcza, że wobec rozliczenia ryczałtowego wykonawca będzie mógł zapewnić płace dla zatrudnionych na minimalnym poziomie, zgodnym z przepisami prawa jak sam stwierdził a to na skutek uzyskania niższych cen na materiały.

Brak adekwatności ceny oferty do przedmiotu zamówienia nie został wykazany ponieważ w złożonym dowodzie w postaci rozliczenia ceny oferty INSBUD wycenienie opiera się tylko na stawce 3,5 zł za roboczogodzinę, z pominięciem takich elementów jak koszt materiałów czy wysokość narzutów. KIO nie dopatrzyła się w działaniu spółki INSBUD czynu nieuczciwej konkurencji. Jej zdaniem wybrany wykonawca będzie mógł tak zorganizować pracę na budowie i innych które prowadzi, że jego pracownicy uzyskają zgodne z prawem minimalne wynagrodzenie miesięczne.

Ponadto łączna wysokość kosztów robocizny/ 3,5 zł i 7 zł/ jest wyższa niż jej wartość wykazana w ofercie odwołującego.

W efekcie Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani też przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp wobec nie wykazania aby oferta zawierała cenę poniżej kosztów wytworzenia, ani że kalkulacja przystępującego została sporządzona nierzetelnie lub zawierała błędy.

W skardze spółka „WIKAR „, zarzuciła wyrokowi naruszenie art.7 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie uchylecia decyzji zamawiającego i odrzucenia oferty uczestnika oraz naruszenie art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez ich niezastosowanie, wnosząc o uchylenie wyroku oraz czynności wyboru oferty i nakazanie ponownej oceny ofert.

Argument KIO jakoby wskazał tylko jeden element kalkulacji i nie wyjaśnił nieadekwatności ceny uznał za błędny ponieważ stawka 3,5 zł rzutowała na całość kosztów robocizny w istotny sposób. Stawka ta w kosztorysie INSBUD została przeznaczona dla bardzo wysokiej liczby godzin tj około 197 tysięcy co daje blisko 67 % robót. Wbrew twierdzeniom Izby jest to zatem stawka dominująca.

Jako niezgodne z prawdą kwalifikuje skarga twierdzenie KIO jakoby oferta wygrywająca w zakresie kosztów robocizny była wyższa od oferty skarżącego skoro jego oferta przy kosztach pośrednich 45 % i zysku 5 % przewyższa ofertę INSBUD o ponad milion złotych.

W tej sytuacji zamawiający winien był wezwać INSBUD do złożenia wyjaśnień czego nie uczynił pomimo oczywistego zaniżenia ceny.

Skarżący wskazuje też, że godzinowa stawka robocizny kosztorysowej obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia oraz koszty pochodne to jest także obligatoryjne obciążenie płac, które w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne wynosi 18,81 %, nie licząc płac dodatkowych, premii, odpisów, kosztów transportu, BHP, zaplecza, dozoru i dalszych, których nie można realnie pokryć z zysku w wysokości 10 %.

Ponadto minimalna stawka za godzinę w 2008 roku wynosiła 5,03 zł/ w roku 2009- 5,69/ zatem przy zastosowaniu wartości wskazanych w ofercie wygrywającej otrzymuje się stawkę 4,45 zł czyli niższą. Gdyby zaś

zastosować stawkę minimalną 5,03 zł tam gdzie wskazano stawkę 3,50 zł to cena tej oferty wyniosłaby kwotę znacznie wyższą czyli ponad 1 750 000 złotych.

Z okoliczności przyznania przez INSBUD przed Krajową Izbą Odwoławczą, że może on wygospodarować kwoty, które pokryją stratę wyliczoną przez „WIKAR” na kwotę ok. 250 tysięcy złotych m. i. przez przekierowywanie pracowników i zakup materiałów po cenach niższych niż podane w ofercie skarżący wywiódł, że sam wybrany wykonawca potwierdził w ten sposób nierzetelne przygotowanie oferty, z zaniżeniem kosztów robocizny o ok. 67 %. Twierdzenia INSBUD były zresztą gołosłowne skoro nie wykazał on stawek roboczogodzin stosowanych na innych zadaniach.

Żaden podmiot gospodarczy funkcjonujący na rynku nie byłby bowiem w stanie wykonać zakresu zamówienia za taką cenę.

Wybrany wykonawca sporządził więc ofertę, z którą inni nie mogli konkurować ponieważ jest ona poniżej cen za jakie usługa może być wykonana.

Działanie to było zatem sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami i jako takie naruszało powołane przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 Ustawy.

Okolicznościom tym zamawiający przed Sądem Okręgowym zaprzeczył, podając, że skarga opiera się na niewłaściwie dokonanych kosztorysach a wynagrodzenie dla oferty przyjętej jest wyższe od zawartego w ofercie skarżącego.

Skarżący zakwestionował twierdzenia jakoby oferta przyjęta przewidywała koszty wyższe niż oferta spółki „WIKAR”.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej opiera się w pierwszym rzędzie na porównaniu wysokości ofert z punktu widzenia wysokości zaoferowanych cen.

Zdaniem Izby „rażąco niska cena” to cena, która w sposób rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży odbiega od ogólnej ceny innych ofert.

Nie może być to więc cena niższa od pozostałych o 10 - 15 % ponieważ nie spełnia wskazanych wyżej kryteriów.

Istotnie część orzecznictwa w zakresie wypracowania kryteriów oceny cen ofertowych przyjmuje za zasadną analizę opartą na wyliczeniu matematycznej, procentowej różnicy/ np. KIO/UZP 142/08/.

Wynika to stąd, że pojęcie ceny „rażąco niskiej” pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN, jak to uczyniła Izba.

Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak „wyraźna” czy „bardzo duża” różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej.

Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach.

Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku/ KIO/UZP 466/08/; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu / UZP 226/08/; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych / SO w Katowicach XIX Ga 3/07/.

Natomiast w zakresie dalszych czynników analizy cenowej oferty takich jak możliwość oszczędności dokonywanych przez wykonawcę, sprzyjających mu warunków wykonania i innych tego typu należy, mając na uwadze dopuszczalne szerokie pojęcie dowodu, analizować dostarczone przez oferującego środki dowodowe.

Przykładowo czynnikami sprzyjającymi mogą być warunki wykonania dostępne tylko dla tego wykonawcy, zatrudnienie osób niepełnosprawnych czy też pomoc publiczna, ale tylko te, które bez zakłócania zasad uczciwej konkurencji wpłynęły na wysokość ceny podanej w ofercie / PZP Komentarz, W.Dzierzanowski, St.Jerzykowski, LEX 2007/.

W zakresie dowodowym dopuszczalne są dowody z dokumentów, obiektywnie i wiarygodnie wykazujących, że wykonawca mógł podać w ofercie daną cenę, powołanie faktów notoryjnych /jak np. obniżanie cen samochodów z poprzedniego rocznika na początku nowego roku/, oświadczenie o zatrudnieniu niepełnosprawnych wraz z zestawieniem wpływu pomocy publicznej na kalkulację oferty i podobne/ PZP Komentarz, D. Rogoń, LEX 2005/.

Należy mieć przy tym na uwadze, że kosztorysy inwestorskie często nie odzwierciedlają rzeczywistych cen rynkowych/ UZP 794/08/.

Wskazywanie niskich cen ofertowych w stosunku do wartości zamówienia przyjętej przez zamawiającego/ w tym przypadku 12,5 mln zł w stosunku do 18 mln zł/ musi być więc uzasadnione wyżej wskazanymi kryteriami.

W przeciwnym przypadku zachodzi wątpliwość co do tego czy najtańsza oferta nie jest ofertą naruszającą zasady uczciwej konkurencji.

Okoliczność, że tylko jeden element kalkulacji oferty może nasuwać wątpliwości nie może być tu decydująca ponieważ winno się rozważyć zakres zastosowania tego czynnika i jego wpływ na ostateczny kształt oferty.

W nin. przypadku dotyczy on ceny za roboczogodzinę pracy robotników, ślusarzy i monterów w wysokości 3,5 zł. czyli niższej niż jedno euro.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt sprawy zauważa się, że KIO przyjęła za nieistotną wyżej wskazaną okoliczność albowiem minimalne stawki wynagrodzenia znajdują zastosowanie tylko w przypadku umowy o pracę zaś wykonawca deklarował zatrudnienie na podstawie umowy zlecenia czy o dzieło.

Ponadto idąc za twierdzeniem wykonawcy zakładano, że wypłaci on nagrody lub premie.

Wypłata nagród czy premii musiałaby być ujęta w ogólnym koszcie realizacji zamówienia bo w przeciwnym razie kalkulacja ta, pomijając dodatki do płac, byłaby nierzetelna.

Natomiast zastosowanie stawki 3,5 zł za godzinę czyli stawki poniżej jednego euro należało ocenić jako nierealistyczne i nie przystające do sytuacji rynkowej nawet gdyby dotyczyła ona niewykwalifikowanych robotników budowlanych, a dotyczyła przecież także ślusarzy i monterów.

Pomimo kryzysu w Małopolsce w realnych wypłatach nie spotyka się tak niskich stawek godzinowych dla robotników, nie wspominając już o wyżej wykwalifikowanej sile roboczej. Nie narzuca ich nawet tzw. rynek inwestora ponieważ nie są one w praktyce możliwe do przyjęcia i nie znajdują zastosowania ani przy szczególnie popularnych umowach zlecenia, ani o dzieło. W tym kontekście może nasuwać się wątpliwość co do tego jaka będzie de facto stawka płacona pracownikom i na ile odbiegać ona będzie od wskazanej w kalkulacji.

Należy tu zauważyć, że Izba oparła się wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach wygrywającego przetarg, nie popartych żadnym dowodem z wachlarza dowodów przedstawionego wyżej.

Nie zwrócono bowiem uwagi na to, że o ile możliwe jest przyjęcie za zasadne twierdzeń oferującego w niektórych aspektach o tyle twierdzenia te muszą mieć walor realności i znacznego prawdopodobieństwa, tak aby można było uzyskać zgodną i logiczną całość, korespondującą z treścią oferty.

Tymczasem w nin. przypadku twierdzenia o przerzucaniu sił i środków czy uzyskiwaniu zniżek na materiały przedstawiają się jako hipotezy nie mające pokrycia w żadnych faktach i nie uwiarygodnione choćby zaczątkiem dowodu.

Dodatkowo, wbrew twierdzeniom Izby, skarżący wykazał, że stawka 3,5 zł jest stawką dominującą w wygrywającej ofercie.

Zarzutowi temu ani zamawiający ani przystępujący nie zaprzeczyli w sposób, który wykazałby błędy w argumentacji spółki „WIKAR”.

Przystępujący nie podjął polemiki ze skargą wobec czego można by uznać okoliczności wskazane w skardze za przyznane zaś zamawiający ograniczył się od ogólnikowego zarzutu, któremu skarżący zaprzeczył.

Istota sprawy nie polega jednak na tym lecz na fakcie, iż istotnie stawka ta znalazła zastosowanie w znacznie większym zakresie niż to oceniła Izba.

Z przedstawionych przez skarżącego wyliczeń wynika przy tym, że „INSBUD” nie może osiągnąć założonego zysku, a też sam przyznaje, że przetasowania pomiędzy inwestycjami mają go do tego zysku przybliżyć.

Czy przetasowania te są realne i w jakim zakresie nie wykazano i nie badano.

Zachodziła więc słuszna obawa co do tego, że proponowana przez INSBUD cena jest nierealna, odbiegająca od warunków rynkowych a jej nierealność wynika z zastosowania jako dominującej stawki roboczo-godziny w wysokości 3,5 zł.

Zamawiający jednakże nie przeprowadził ustaleń w celu rozważenia czy nie zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 90 ust. 3 Pzp.

Również i tu przyjęto bez uzasadnienia za zgodne z prawdą twierdzenie o wypłacaniu zatrudnionym na zlecenie premii i nagród co w takim przypadku zatrudnienia zależne jest tylko od dobrej woli pracodawcy i w realiach rynkowych praktycznie nie spotykane bowiem generujące wydatki, do których pracodawcy nie są zobowiązani.

Jak już powiedziano nierealność najniższej ceny ofertowej równoznaczna jest z naruszeniem przez oferenta zasad uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 i 15 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W efekcie skarga odniosła skutek wobec czego na podstawie art. 198 par.2 zd. 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Sąd orzekł w myśl art. 98 i 108 par. 1 kpc w zw. z par. 11.1 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu / Dz. U. nr. 163, poz. 1349/