

Sygn. akt: KIO 1443/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 lipca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Barbara Bettman

**Członkowie:** Katarzyna Brzeska

Agnieszka Bartczak-Żuraw

Po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **13 lipca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **7 lipca 2011 r.** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch bis” sp. z o. o. ul. Hubala 18, 16-400 Suwałki**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn, Rejon w Ełku, ul. Kolonia 1, 19-300 Ełk.**

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch bis” sp. z o. o. ul. Hubala 18, 16-400 Suwałki, kwoty 15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez rejon w Ełku - część 1 (Dz. Urz. UE 2011/S 88-143388 z 6.05.2011 r.), w dniu 7 lipca 2011 r. zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch bis” sp. z o. o. z siedzibą w Suwałkach, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia odwołującego w dniu 27 czerwca 2011 r. za pośrednictwem faksu o wyborze oferty najkorzystniejszej na część 1 zamówienia wykonawcy Henryka Chylińskiego działającego pod nazwą: Firma Usługowa Chyliński Henryk, ul. Chopina 19/10, 19-300 Ełk.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie wobec podjętych czynności na wykonanie zamówienia zimowego utrzymania dróg krajowych w Rejonie Ełk - zadanie nr 1 na sezon zimowy 2011/2012, 2012/2013 i 2013/2014 do 15.05.2014, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, pkt 11.4 SIWZ, przez nie wykluczenie z postępowania Henryka Chylińskiego, który nie wniósł wadium do czasu upływu terminu składania ofert,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 26 ust 2b Pzp, pkt 8.2 SIWZ w zw. z art. 11 k. p. i art.174 k. p., przez nie wykluczenie z postępowania Henryka Chylińskiego z powodu nie wykazania potencjału kadrowego (brak pisemnej zgody pracowników innego podmiotu),
- 4) art. 89 ust 1 pkt. 3 i 4 Pzp, przez nie odrzucenie oferty Henryka Chylińskiego zawierającej rażąco nisko cenę (zaniżenie zużycia oleju napędowego dla sprzętu i zaniżenie kosztów towarzyszących - pkt. 10.6 SIWZ, w tym m.in. nie uwzględnienie kosztów montażu i utrzymania GPS, kosztów najmu pojazdów)
- 5) nie odpowiadającej treści SIWZ (oferta nie określa na jaką część została złożona - pkt. 9.5, nieprawidłowo została ponumerowana – pkt 9.11 SIWZ ),
- 6) stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), przez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez oferowanie usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

7) art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór wykonawcy Henryka Chylińskiego podlegającego wykluczeniu, a oferta odrzuceniu i nie dokonaniu w takiej sytuacji wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami, odwołujący powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. wykluczenia z postępowania Henryka Chylińskiego lub odrzucenia jego oferty,
2. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. ponadto obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i nakazanie dokonania zwrotu tych kosztów przez zamawiającego na rzecz odwołującego się.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że wyniku skarżonych czynności zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony jego interes w uzyskaniu zamówienia wiążący się z utratą spodziewanych korzyści, w związku z czym jest legitymowany do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujący zaznaczył, że w toku postępowania zamawiający dokonał wadliwych czynności oraz zaniechał czynności nakazanych ustawą Pzp, tj skutkiem:

1. wyboru najkorzystniejszej oferty Henryka Chylińskiego działającego pod nazwą: Firma Usługowa Chyliński Henryk,
2. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy: Henryka Chylińskiego z powodu nie wniesienia wadium do czasu upływu terminu składania ofert i nie przedstawienia pisemnej zgody pracowników innej firmy, którzy mieliby być oddani do dyspozycji oferenta, a przedstawienie tylko zobowiązania podmiotu zatrudniającego tych pracowników.
3. zaniechania odrzucenia oferty Henryka Chylińskiego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo, że zaferowana w niej cena była rażąco niska,
4. zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch bis” sp. z o.o. w Suwałkach, tj. oferty odwołującego.

Ad. 1. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, pkt 11.2 i 11.4 SIWZ poprzez nie wykluczenie z postępowania Henryka Chylińskiego, który nie wniósł wadium do czasu upływu terminu składania ofert, odwołujący podał, iż wykonawca Henryk Chyliński nie spełnił obowiązku określonego w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp i pkt. 11.2 SIWZ, polegającego na dokonaniu złożenia wadium w wyznaczonym terminie, w ten sposób aby środki pieniężne znalazły się na rachunku bankowym zamawiającego do chwili składania ofert. Termin, w którym należy wnieść wadium, został dokładnie określony w pkt. 11.4 SIWZ, który stanowi, iż: "Wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy musi

wpłynąć na wskazany w pkt 11.2.a) rachunek bankowy zamawiającego najpóźniej przed upływem terminu składania ofert." Odwołujący zaznaczył, iż powszechnie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie jest, iż w przypadku wadium wnoszonego przelewem na rachunek bankowy, słowo "wniesienie" oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek zamawiającego. Na potwierdzenie przywołał wyrok z dnia 17 października 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1062/08). Natomiast zamawiający nie otrzymał wadium przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z pkt. 12.1 SIWZ „Oferty powinny być złożone w siedzibie prowadzącego postępowanie w Ełku przy ul. Kolonia nr 1, w pokoju nr 108, w terminie do 14.06.2011 roku do godziny 10:00." Zgodnie z wydrukiem operacji bankowej na dzień 14.06.2011 r., który odwołujący załączył, przelew kwoty wadium od Henryka Chylińskiego wpłynął do systemu banku zamawiającego o godz. 10:28:08.

Ad. 2. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, odwołujący podał, że oferta Firmy Usługowej - Chyliński Henryk, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wybrany określił cenę porównawczą brutto w wysokości 213,52 zł, co stanowiło wartość około połowy ceny następnej oferty. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oferent złożył kalkulacje cen, które według odwołującego były zaniżone. Cenę roboczogodziny pracy sprzętu zaniżono m.in. poprzez:

- przyjęcie zaniżonego zużycia oleju napędowego dla sprzętu np. zużycie oleju napędowego samochodu KAMAZ wynosi co najmniej 50 l/100 km, co stanowi ok. 18 l/h przy średniej prędkości roboczej 35 km/h,
- pominięcie kosztów najmu sprzętu (oferent posiada tylko 1 własny sprzęt, musi ponieść koszt najmu 13 szt. jednostek sprzętowych),
- pominięcie kosztów zainstalowania i utrzymania GPS (montaż ok.3.500, zł x 7 jednostek sprzętowych = 24.500, zł + koszty utrzymania GPS),
- pominięcie kosztów organizacji bazy socjalnej,
- pominięcie kosztów prac porządkowych po każdym sezonie zimowym, pominięcie kosztów załadunku materiałów.

Według odwołującego np.:

a/ cena 1 roboczo godziny samochodów KAMAZ, MAZ, IVECO, MAN z piaskarką lub solarką wynosić powinna co najmniej 211,60 zł,

I. dane ogólne:

- zużycie oleju napędowego 50 l/100 km - 18 l/h (zamiast 10,00l/h )
- zużycie oleju napędowego (solarka lub piaskarka) - 2,0 l/h
- zużycie olejów i smarów - 10 % paliwa
- średnia prędkość robocza - 30-40 km/h

II. kalkulacja kosztów i roboczogodziny

1. olej napędowy  $(18,0 + 2,0) \times 5,00 = 100,00$
2. oleje i smary 10% paliwa = 10,00
3. remonty i konserwacje = 23,00
4. płace kierowcy = 15,00

Koszt roboczogodziny do kosztorysowania = 148,00

5. koszty ogólnozakładowe 25% = 37,00
6. zysk 15% = 22,20
7. pozostałe nieprzewidziane koszty = 4,40 zł

Razem roboczogodzina = 211,60 zł (zamiast 150,00 zł).

Odwołujący wskazywał, że zgodnie pkt 10.6 SIWZ „Cena oferty powinna obejmować całkowity jednostkowy koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w tomach II-III niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w odrębnych pozycjach, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych. Przykładowe koszty towarzyszące: ubezpieczenie wykonawcy, organizacja bazy socjalnej, koszty załadunku materiałów, prace porządkowe po każdym sezonie, koszty eksploatacji i napraw sprzętu, koszty utrzymania GPS itp.” Odwołujący argumentował, iż ustawa Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiającego w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy Pzp cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, zatem cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Uwzględniając okoliczność, iż wykonawcy na inne zadania w tym postępowaniu zaoferowali wykonanie usługi z najniższą ceną porównawczą: Zadanie nr 2 - oferta nr 1 z ceną porównawczą brutto: 430,49 zł (została wybrana jako najkorzystniejsza oferta), Zadanie nr 3 - 554,09 zł brutto, Zadanie nr 4 - 497,23 zł brutto, to odwołujący uznał, że oferta Henryka Chylińskiego z ceną porównawczą brutto 213,52 zł jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia wybranego wykonawcy w odniesieniu do zaoferowanej ceny wskazują jednoznacznie, iż pokrycie kosztów realizacji usługi nie nastąpi z kwot uzyskanych za jej realizację, a zamawiający w przedmiotowej sprawie nie dokonał oceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie ocenił rzeczywistej relacji świadczenia pieniężnego do świadczenia niepieniężnego, co w konsekwencji spowodowało, iż nie odrzucił oferty Henryka Chylińskiego, pomimo iż zachodziły przesłanki do odrzucenia tej oferty.

3. zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ślad za omówionym wyżej zarzutem - złożenia przez Henryka Chylińskiego oferty z rażąco niską ceną, odwołujący wywodził, iż zarazem stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia kwestionowanej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 przywołanej ustawy określa, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Takie ustalenie ceny wybranej oferty, jak utrzymywał odwołujący, świadczy iż zachodzi czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez wykonawcę Henryka Chylińskiego, co uniemożliwiło odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia.

4. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 26 ust 2b tej ustawy, pkt 8.2 SIWZ w zw. z art. 11 k. p. i art. 174' k. p., poprzez nie wykluczenie z postępowania Henryka Chylińskiego z powodu nie wykazania potencjału kadrowego (brak pisemnej zgody pracowników innego podmiotu). Odwołujący wskazywał, iż w swojej ofercie wykonawca Henryk Chyliński nie wykazał spełnienia warunku opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp tj. dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zarówno z postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jak i pkt 8.2 SIWZ wynika, że oferent wskazując dokumenty na potwierdzenie dysponowania zasobami obcymi niezbędnymi do realizacji zamówienia powinien przedłożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jeżeli wykonawca polega na potencjale osobowym innych podmiotów powinien w takiej sytuacji udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami. Do oferty Henryk Chyliński załączył pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania swoich pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podnosił, że takie zobowiązanie jest jednak niewystarczające, gdyż wymagana jest do tego zgoda pracownika na podstawie art. 11 k. p. i art. 174' k. p. Zgodnie z art. 174' § 1 k. p. za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami. Wskazywał, iż pracodawca nie może dowolnie dysponować swoimi pracownikami zmieniając im na długi okres ustalone w umowie o pracę warunki pracy i płacy, bez uzyskania zgody pracownika. W związku z tym wykonawcy, których obowiązkiem jest wykazanie dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku

posługiwania się pracownikami osoby trzeciej, poza zobowiązaniem opisanym w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp winni legitymować się zgodą pracownika na taką zmianę warunków pracy.

#### 5. Zarzut złożenia oferty niezgodnej z SIWZ.

Oferta wykonawcy Henryka Chylińskiego nie określa na jaką część została złożona - pkt. 9.5 SIWZ i nieprawidłowo została ponumerowana – pkt 9.11 SIWZ.

Zamawiający poinformował Izbę, że zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 7 lipca 2011 r. pocztową przesyłką poleconą przesłał kopię odwołania do wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Na powyższe wezwanie zamawiającego, do postępowania odwoławczego w terminie zgodnym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego żaden wykonawca. Dodatkowo w dniu 13 lipca 2011 r. za pośrednictwem faksu do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła informacja skierowana do zamawiającego przez Henryka Chylińskiego Firma Usługowa Henryk Chyliński z siedzibą w Ełku, że w dniu 7 lipca 2011 r. otrzymał kopię odwołania oraz, że nie zamierza przystępować do postępowania odwoławczego żadnej ze stron postępowania.

W dniu 13 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Dyrektor Oddziału w Olsztynie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wz. Zastępca Dyrektora Oddziału p. Jarosław K. złożył ze skutkiem prawnym, oświadczenie, iż „zarzuty odwołania są zasadne i uwzględnia je w całości.”

W uzasadnieniu powyższego oświadczenia zamawiający przyznał, że po ponownym przeanalizowaniu dokumentacji postępowania, uznał, iż zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie. Za taką decyzją przemawiały zdaniem zamawiającego, w szczególności podniesione przez odwołującego argumenty, wskazujące na niewniesienie wadium przez wykonawcę (Firma Usługowa Henryk Chyliński z siedzibą w Ełku), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego, zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zapowiedział dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz, że czynności zostaną powtórzone niezwłocznie po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą stosownego orzeczenia w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w sposób, o którym mówi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do „całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.” W takim przypadku, zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w

postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego, na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż przy braku sprzeciwu (w sytuacji gdyby do postępowania wykonawczego po stronie zamawiającego przystąpili inni wykonawcy), co do uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie odwoławcze. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu bez udziału stron.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przed rozpoczęciem wyznaczonego posiedzenia Izby z udziałem stron, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych uiszczonego wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Pzp w przypadku umorzenia postępowania, koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach, zaistniałych w niniejszej sprawie, podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

**Przewodniczący: .....**

.....

.....