

Sygn. akt: KIO 2135/11

WYROK

z dnia 13 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2011 r. przez **Andrzeja Bąka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Budowlany AB Andrzej Bąk w Sosnowcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sosnowiec w Sosnowcu**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Andrzeja Bąka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Budowlany AB Andrzej Bąk w Sosnowcu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Andrzeja Bąka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Budowlany AB Andrzej Bąk w Sosnowcu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Andrzeja Bąka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Budowlany AB Andrzej Bąk w Sosnowcu** kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej z tytułu nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2135/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Utrzymanie porządku i czystości w Rejonie VIII - Kazimierz Górniczy, Ostrowy Górnicze, Porąbka, Maczki na terenie miasta Sosnowca*” zostało wszczęte przez Gminę Sosnowiec, zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 145-240822) w dniu 30 lipca 2011 r.

W piśmie z dnia 23 września 2011 r. Zamawiający zawarł informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 3 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Andrzeja Bąka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Budowlany AB Andrzej Bąk w Sosnowcu, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, ponieważ zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył także przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty, mimo iż złożone przez niego wyjaśnienia potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zarzucał on także Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stał na stanowisku, iż udzielił on obszernych wyjaśnień, w których odniósł się do wszystkich czynników mających wpływ na wysokość ceny, czym potwierdził, że cena ta nie odbiega od cen rynkowych, jest realna i gwarantuje mu osiągnięcie zysku.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uwzględnienia wyjaśnień, które złożył w dniu 16 września 2011 r., a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w toku rozprawy przed Izbą.

Wnosił on o oddalenie odwołania. Powołując się na przedstawione przez siebie wyliczenia poczynione w oparciu o dane zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, podnosił on, iż wyjaśnienia te nie są rzetelne. Wynikało z nich, w ocenie Zamawiającego, że Odwołujący nie tylko nie osiągnie zysku, ale, wręcz przeciwnie, poniesie stratę.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba w toku posiedzenia ustaliła, iż wykonawca: Janusz Żanowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Czystościowych i Komunalnych Janusz Żanowski w Będzinie nie dochował przepisanej art. 185 ust. 2 ustawy Pzp terminu. Otrzymał on bowiem w dniu 5 października 2011 r. kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgodnie z powołanym przepisem przystąpienie należy zgłosić w terminie 3 dni od tej daty, przy czym należy je doręczyć Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W terminie tym powołany Wykonawca doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie jedynie za pośrednictwem

faksu w dniu 7 października 2011 r., a zatem nie dochował w tym przypadku wymaganej przepisami formy. Po upływie zaś terminu doręczył zgłoszenie w formie pisemnej w dniu 10 października 2011 r. Wobec powyższego Izba uznała, iż powołany Wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sposób skuteczny, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone w toku rozprawy przez strony.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że przed upływem terminu składania ofert czterech Wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty. Zaoferowali oni następujące ceny: 776 465,58 zł (Odwołujący), 1 236 716,16 zł, 966 740,73 zł, 997 961,58 zł. Ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia (po odjęciu wartości przewidywanych zamówień uzupełniających), powiększona o podatek VAT, stanowiła równowartość kwoty 1 276 829,14 zł. Taką też kwotę Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

W toku badania ofert, Zamawiający powziął wątpliwość, czy oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dlatego też w piśmie z dnia 13 września 2011 r. skierował do tego Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. W wezwaniu tym sprecyzował, iż oczekuje on otrzymać wyjaśnienia, które będą omawiały wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawały wątpliwości co do jej prawidłowego wyliczenia. Żądał on udokumentowania, iż cena ta nie wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych. W tym celu zobowiązał Wykonawcę, aby ten uzasadnił kalkulację poszczególnych cen jednostkowych, w tym udokumentował wycenę kosztów robocizny, składowania nieczystości i utrzymania sprzętu, a także przedstawił wysokość skalkulowanego zysku. Pouczył jednocześnie Wykonawcę, iż nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i udokumentowanych, tj. takich, które przekonają Zamawiającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący nie kwestionował zasadności tego wezwania, wręcz przeciwnie, w odpowiedzi na nie złożył Zamawiającemu zawarte w piśmie z dnia 15 września 2011 r. wyjaśnienia. Zawarł w nich oświadczenie, iż oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, zaś przewidywany zysk wyniesie ok. 7-10%. Wyjaśniał, że na skalkulowanie ceny na tak niskim poziomie pozwoliły mu m.in. doskonała znajomość rejonu VIII, założenie mechanicznego wykonania większości czynności, posiadanie własnych maszyn i urządzeń,

niewielka odległość rejonu VIII do składowiska odpadów, ukształtowanie terenu objętego usługą i gęstość porastających go drzew, krzewów i traw, stosunkowo małe zabrudzenie tego rejonu, posiadanie w obrębie rejonu VIII własnej działki mającej być magazynem piasku i bazą dla sprzętu oraz zakładane niskie koszty pracy, w związku z planowanym ubieganiem się o zatrudnienie pracowników skierowanych z Urzędu Pracy. Niezależnie od powyższego Odwołujący omówił kalkulacje każdej z dwudziestu trzech pozycji kosztorysu, podsumowując tę część wyjaśnień przedstawieniem tabeli zawierającej zagregowane koszty realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszt paliwa ustalony na kwotę 26 400 zł oraz koszt składowania odpadów – kwota 51 000 zł. W zestawieniu tym zawarta została informacja, że przewidywany zysk został oszacowany na kwotę 51 919,18 zł, przy kosztach ustalonych na kwotę 666 576,26 zł.

Zamawiający, po dokonaniu analizy wyjaśnień Odwołującego, odrzucił złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, uznał bowiem, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał m.in., że rzeczywista wartość części elementów mających wpływ na wysokość ceny pozostaje w dysproporcji do ceny żądanej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Uznał on, że wyjaśnienia Odwołującego odnoszą się do wybiórczo przedstawionych danych. Zakwestionował też możliwość mechanicznego wykonania większości czynności. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie udowodnił istnienia wyjątkowo sprzyjających i dostępnych mu warunków wykonania zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Zamawiającego, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający, działając na podstawie

art. 90 pkt. 2 ustawy, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia.

W rozpatrywanym przypadku Odwołujący nie przedstawił wyczerpująco sposobu zgodnie, z którym dokonano kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazać należy, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Nie wykazał on jednak w sposób niebudzący wątpliwości, iż znajduje się on w jakiejś szczególnej sytuacji odróżniającej go w sposób wyraźny od innych Wykonawców występujących odpowiednio długo na rynku.

Ponadto, co istotniejsze, Zamawiający wykazał w toku rozprawy, iż przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia odnoszące się do kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu są nierzetelne. Uwzględniając treść wyjaśnień złożonych przez odwołującego w odniesieniu do każdej z 23 pozycji kosztorysu dokonał on obliczenia rzeczywistej wartości kosztów paliwa oraz kosztów składowania odpadów ujętych w wyjaśnieniach. Mnożąc podane przez Odwołującego ceny przez krotność w ciągu jednego roku określoną w SIWZ w odniesieniu do każdej z usług objętych kosztorysem, a następnie przez trzy lata okresu realizacji umowy, wykazał, iż wielkości podane w tabeli na stronie 9 wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 15 września 2011 r. nie znajdują oparcia w wyjaśnieniach poszczególnych pozycji kosztorysu. Uwzględniając korektę prawidłowej wartości kosztów paliwa oraz składowania odpadów Zamawiający ustalił, iż koszt netto podany przez Odwołującego w zestawieniu na stronie 9 wyjaśnień został zaniżony. Powinien on bowiem zostać ustalony na kwotę 727 909,13 zł. Zamawiający zastrzegając przy tym, że wyliczenia te zostały oparte na danych podanych przez Odwołującego, które w jego ocenie nie były pełne. Wskazywał on w tym miejscu, iż Odwołujący nie uwzględnił w każdej z pozycji, w której powinien to być uczynić, kosztów paliwa. Tytułem przykładu wskazał na pozycję pierwszą – zmiatanie chodników, gdzie Odwołujący zadeklarował użycie ciągnika, nie przewidział jednak w niej w ogóle zużycia paliwa. Odwołujący w powołanym zestawieniu koszty netto ustalił na kwotę 666 576,26 zł, zaś całkowitą cenę netto, uwzględniającą zgodnie z oświadczeniem Odwołującego zysk, na kwotę 718 495,44 zł. Zamawiający wykazał w ten sposób, iż treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień pozwala uznać, że realizując przedmiot zamówienia, nie tylko nie osiągnie on zysku, ale wręcz poniesienie stratę. Tym samym z treści wyjaśnień Odwołującego wynika, iż zamierza on realizować przedmiot zamówienia za cenę poniżej zakładanych przez siebie kosztów tej realizacji.

Za nieistotne w tym kontekście Izba uznała, przedstawione przez Odwołującego porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez niego oraz Wykonawcę, którego oferta została

uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Jak sam zresztą Odwołujący zauważył, rozstrzygając o tym, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, należy odnosić całkowitą cenę oferty do przedmiotu zamówienia, nie zaś porównywać poszczególne ceny jednostkowe. Zaznaczyć w tym miejscu jedynie należy, iż cena oferty wybranego Wykonawcy jest wyższa od zaoferowanej przez Odwołującego, o blisko dwieście tysięcy.

W ocenie Izby Wykonawca powinien dążyć do przekonania Zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. To na nim bowiem spoczywa obowiązek wykazania jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Istotą tych wyjaśnień musi być ich rzetelność. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający udowodnił, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 15 września 2011 r. pozbawione były tego przymiotu.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż Zamawiający w sposób uzasadniony uznał, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze rozstrzygnięcie o zasadności pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że działania lub zaniechania Zamawiającego stanowiły naruszenie przywołanych przez niego przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła w szczególności przepis § 1 ust. 1 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na usługi wynosi 15 000 zł. Dlatego też Odwołujący wnosząc odwołanie zobowiązany był wnieść wpis w powołanej kwocie 15 000 zł, podczas gdy wniósł z tego tytułu kwotę 20 000 zł.

W oparciu o te ustalenia Izba uznała, iż odwołujący nadpłacił z tytułu wpisu kwotę 5 000 zł, wobec czego nakazała jej zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: