

Sygn. akt: KIO 140/14

WYROK
z dnia 12 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2014 r. przez **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowo Produkcyjne WER Sp. z o.o., Schodnia, ul. Ks. P. Gołąba 21, 46-040 Ozimek** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole,**

przy udziale wykonawcy **Remondis Opole Sp. z o.o., Al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowo Produkcyjne WER Sp. z o.o., Schodnia, ul. Ks. P. Gołąba 21, 46-040 Ozimek** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowo Produkcyjne WER Sp. z o.o., Schodnia, ul. Ks. P. Gołąba 21, 46-040 Ozimek** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Opole prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opróżnianie i dzierżawa koszy ulicznych na terenie miasta Opola w latach 2014 - 2015. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 stycznia 2013 roku pod poz. 2013/S 010-012650.

W dniu 27 stycznia 2014 roku odwołujący – Przedsiębiorstwo Handlowo Produkcyjne WER Sp.z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie zastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, zawierającej błąd w obliczeniu ceny.
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty Remondis Opole,
4. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał wyboru oferty Remondis Opole, mimo zaistnienia okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia tej oferty. Odwołujący zakwestionował udzielone przez Remondis Opole Sp. z o.o. wyjaśnienia udzielone zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując że koniecznym było odniesienie się do kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, tak by zamawiający jednoznacznie był w stanie stwierdzić, że zaoferowana cena gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia i do tego nie jest rażąco niska, czyli taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej

kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji. Wskazał, powołując się na wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 roku XIX Ga 175/10, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych. Odwołujący podniósł, że Remondis Opole Sp. z o.o. wskazał w treści udzielonych wyjaśnień na następujące elementy stanowiące podstawę wyliczenia wszystkich elementów przedmiotu zamówienia składającego się na zaoferowaną cenę oferty: koszty obsługi etatowej, koszty eksploatacji, koszty jednorazowego opróżniania, koszty zagospodarowania odpadów, koszty ogólnozakładowe. Zdaniem odwołującego, kalkulacje cenowe Remondis Opole nie uwzględniają konieczności posiadania 552 sztuk własnych koszy oraz konieczności ich zamontowania, co było wymogiem zamawiającego. Zdaniem odwołującego cena rynkowa zakupu 552 szt. koszy wraz ze słupkami wynosi ok. 101 844 zł brutto. Kalkulacja Remondis Opole nie zawiera także kosztów obejmujących obowiązek posiadania niezbędnego zapasu koszy do uzupełnienia koszy skradzionych lub zniszczonych. Ponadto z wyliczeń odwołującego wynika, że marża wynosi 3,8 %, a nie jak wskazuje Remondis Opole 6%. Rozbieżność ta wynika z faktu, że w zakresie załącznika 1-3 nie uwzględniono marży dotyczącej pozycji nr 4 (zagospodarowania odpadów łącznie z recyklingiem), a z załącznika nr 4 nie uwzględniono marży dotyczącej pozycji nr 4 (materiały).

Zdaniem odwołującego, powyższe wyliczenia jednoznacznie wskazują, że koszty związane z wykonaniem usługi będącej przedmiotem zamówienia są wyższe niż założony przez Remondis Opole zysk, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp. Czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. Jest to przesłanka inna niż przesłanka ceny rażąco niskiej. W przypadku czynu nieuczciwej konkurencji porównaniu ulegają wyłącznie koszty ponoszone przez wykonawcę z ceną jego oferty - ccna wyższa lub równa kosztom wytworzenia (zakupu) nigdy nie będzie stanowić czynu nieuczciwej konkurencji (W. Dzierżanowski, Prawo Zamówień Publicznych komentarz, wydanie 5). W tym wypadku koszty, które poniesie wykonawca są wyższe niż osiągnięty z tytułu realizacji usługi zysk.

Wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podniósł, że przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami zamawiającego określonymi w postanowieniach siwz oraz ewentualnie w odrębnych przepisach prawa. Ponadto, „o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny

zamówienie, które nic odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający" (uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12). Zatem, z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (wyrok KIO / . dnia 11 maja 2011 r., sygn. KIO/UZP 910/11) (por. Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Błąd w obliczeniu ceny - przykłady naruszeń art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa UZP styczeń 2014, str. 19).

W konkluzji odwołujący podkreślił, że oferta Remondis Opole nie uwzględnia co najmniej kosztów związanych z: koniecznością posiadania 552 sztuk własnych koszy oraz konieczności ich zamontowania, obowiązkiem posiadania niezbędnego zapasu koszy do uzupełniania koszy skradzionych lub zniszczonych.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Istota sporu między stronami sprowadza się do oceny wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, udzielonych przez Remondis Opole Sp. z o.o. dnia 13 stycznia 2014 roku.

Na wstępie zauważyć należy, że odwołujący w treści odwołania podniósł zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując na brak ujęcia w cenie oferty Remondis Opole Sp. z o.o. kosztów związanych z zakupem 552 koszy ulicznych oraz ich zamontowania a także kosztów przewidzianych na uzupełnienie koszy skradzionych czy zniszczonych. Odwołujący kwestionował w treści odwołania także wysokość przewidzianej przez Remondis Opole Sp. z o.o. marży na poziomie 6%, wskazując że wyliczenia te są błędne a marża jaką uzyska przystępujący to wartość 3,8 %. W toku rozprawy przed KIO odwołujący rozszerzył argumentację dotyczącą naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 6, wskazując także na inne aspekty, które w jego ocenie dowodzą istnienia ceny rażąco niskiej. Podniósł m.in. niedoszacowanie kosztów: osobowych, wynikających z przeznaczenia niewystarczającej do realizacji zlecenia ilości osób (ilości par), paliwa, eksploatacji pojazdów

oraz kosztów związanych z zakupem worków na śmieci, odzieży roboczej i ubezpieczeniem pracowników itp. W ocenie Izby, podniesione w toku rozprawy dodatkowe kwestie świadczące, zdaniem odwołującego, o zaniżeniu ceny oferty Remondis Opole Sp. z o.o. stanowią w istocie rozszerzenie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut to nie tylko wskazanie normy prawa, ale także uzasadnienie faktyczne. Zarzut winien wskazywać konkretną czynność lub zaniechanie zamawiającego przez które doszło do naruszenia przepisów prawa, a także winien określać okoliczności faktyczne, potwierdzające naruszenie przepisów prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zarzuty winny zostać w pełni sprecyzowane już w samym odwołaniu, gdyż umożliwia to zamawiającemu i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego. Określenie, po wniesieniu odwołania, dodatkowych podstaw faktycznych, świadczących o naruszeniu wskazanych w odwołaniu podstaw prawnych, należy uznać za spóźnione.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługują na uznanie. Udzielone przez przystępującego wyjaśnienia zarówno te złożone dnia 13 stycznia 2014 roku na wezwanie zamawiającego jak i przedstawione w zgłoszonym przystąpieniu od postępowania odwoławczego oraz w toku rozprawy są wystarczające, aby uznać, że cena oferty przystępującego została skalkulowana w sposób rzetelny, gwarantujący należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Remondis Opole Sp. z o.o., odpowiadając na zarzut postawiony w treści odwołania co do braku ujęcia w cenie oferty koszy ulicznych wraz z ich montażem oraz zapasu koszy do ich uzupełnienia, wyjaśnił, że posiada 504 szt. koszy ulicznych, które magazynuje po zakończeniu realizacji poprzedniej umowy. Dodatkowo do zgłoszonego przystąpienia załączył także fakturę na zakup 80 szt. koszy ulicznych, która stanowi niebudzący wątpliwości dowód na to, że wykonawca dysponuje, łącznie z koszami znajdującymi się w magazynie, 584 szt. koszy ulicznych. Oznacza to, że posiada zarówno wymaganą przez zamawiającego ilość 552 szt. koszy ulicznych do bezpośredniego montażu, jak i zapas koszy ulicznych w ilości 32 szt. Odwołujący w toku rozprawy nie kwestionował złożonych przez przystępującego wyjaśnień w tym zakresie. Z załączonego do zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego protokołu demontażu koszy ulicznych z dnia 3 kwietnia 2013 roku, wynika, że Remondis Opole Sp. z o.o. dysponuje także 508 szt. słupków, które zostały usunięte z możliwością ich ponownego wykorzystania. Złożone przez odwołującego zdjęcia obrazujące miejsce zamontowania słupków w kostce brukowej oraz ich zniszczenia podczas demontażu, nie stanowią dowodu, który mógłby skutecznie zaprzeczyć twierdzeniom przystępującego o posiadaniu przez niego niezbędnej do realizacji umowy ilości słupków. W świetle powyższego, nieuzasadnionym jest przyjęcie w złożonej przez odwołującego jako dowód w sprawie kalkulacji kosztowo - ofertowej, że cena oferty Remondis Opole Sp. z o.o. nie obejmuje zakupu 552 szt. słupków o wartości 16 560 zł.

Przystępujący wskazał także, że w poz. 2 „koszty eksploatacji pojazdów oraz użyczenie pojemnika” kalkulacji cenowej, będącej załącznikiem nr 2 do złożonych dnia 13 stycznia 2014 roku wyjaśnień, przewidział kwotę w wysokości 44 tys. zł na pozostałe koszty, w tym koszty związane z montażem koszy ulicznych i ewentualną wymianą koszy zniszczonych. Oznacza to, że odwołujący w złożonej kalkulacji błędnie przyjął, że oferta Remondis Opole Sp. z o.o. nie obejmuje montażu koszy ulicznych, którego koszt wynosi 26 595,36 zł. Podkreślić także należy, że zamawiający nie wskazywał w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia ilości koszy ulicznych, jaką wykonawca winien dysponować w zapasie na ewentualną wymianę, pozostawiając w tym zakresie dowolność wykonawcom. Oznacza to, że każdy z wykonawców mógł dokonać kalkulacji tego elementu ceny oferty, w sposób dowolny, uwzględniający własne ryzyko gospodarcze. Stąd nie znajduje podstaw przyjęcie przez odwołującego w złożonej kalkulacji ilości 72 szt. koszy na wymianę i wskazywanie, że oferta jest niedoszacowana w tym punkcie na kwotę 6 594 zł.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że złożona przez odwołującego jako dowód w sprawie kalkulacja ofertowo - kosztowa oferty Remondis Opole Sp. z o.o., jest w istocie kalkulacją własną odwołującego, sporządzoną w oparciu o jego przewidywania i własne doświadczenie w realizacji tej usługi. Niewątpliwym jest także, że przystępujący jako podmiot zajmujący się tą branżą, posiada także wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług opróżniania koszy ulicznych.

Nie znajduje także uzasadnienia wskazywane przez odwołującego niedoszacowanie kosztów osobowych, wynikające z przyjęcia przez Remondis Opole Sp. z o.o. 2 ilości „par” (osób) niezbędnych do realizacji usługi i wykonania zalecanej przez zamawiającego ilości opróżnień 45 000. Izba wskazuje, że umowa o świadczenie usług opróżniania koszy ulicznych jest umową rezultatu, a sposób jej wykonania i organizacja pracy jest indywidualną sprawą każdego wykonawcy. W tym także, indywidualną sprawą każdego z wykonawców jest ilość osób przeznaczona do realizacji tej usługi. Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, że zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie formułował wymagań odnośnie minimalnej ilości osób realizujących usługę. Za gołosłowne Izba uznała twierdzenia odwołującego, że w czasie 63,78 sek. nie jest możliwe wykonanie czynności związanych z opróżnieniem kosza ulicznego. Nie bez znaczenia jest fakt, że przystępujący dysponuje nowoczesnymi pojazdami wyposażonymi w tzw. zsawki, które stanowią niewątpliwie ułatwienie wykonywanych czynności. Do realizacji usługi przystępujący przewidział wykorzystanie dwóch pojazdów małogabarytowych z funkcją zagęszczania odpadów. Jak wskazał w treści złożonych dnia 13 stycznia 2014 roku wyjaśnień „zastosowanie do wywozu odpadów pojazdów z linowym zgmiotem pozwala wyeliminować koszty nadmiernych przejazdów z terenu miasta na stację przeładunkową lub do miejsca zagospodarowania odpadów”.

Kalkulacja ofertowa - kosztowa oferty Remondis Opole Sp. z o.o., przedstawiona przez odwołującego, w sposób nieuzasadniony wskazuje także na zaniżenie kosztów paliwa i kosztów eksploatacji pojazdów. Odwołujący nie uwzględnił w tej kalkulacji okoliczności, że część pojazdów przystępującego jest wyposażona w instalację gazową, co znacznie wpływa na zmniejszenie kosztów paliwa. Dodatkowo, zgodnie z wyjaśnieniem jakie złożył przystępujący dnia 13 stycznia 2014 roku, ma on możliwość nabywania paliwa – oleju napędowego po wyjątkowo korzystnych cenach, o około 0,15 - 0,35 zł za litr taniej od cen obowiązujących na rynku.

Ponadto, jako okoliczność wyjątkowo sprzyjającą, która może mieć wpływ na obniżenie kosztów oferty jest wskazana przez przystępującego w udzielonych wyjaśnieniach możliwość przesortowania odpadów we własnej zakładowej sortowni odpadów oraz wydzielenia frakcji o wartości recyklingowej, która stanowi 30-50% zawartości koszy ulicznych. Wpływ na cenę oferty ma także to, że pozostała po przesortowaniu zawartość koszy jest kierowana do własnej instalacji do produkcji paliwa alternatywnego, które jest sprzedawane do cementowni.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba uznała, że cena oferty przystępującego jest ceną realną, gwarantującą należyte wykonanie zamówienia publicznego. Wysokość uzyskiwanego zysku na poziomie 3,8 % czy też 6 % jest w świetle powyższego kwestią wtórną.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: