

Sygn. akt: KIO 2799/13

WYROK

z dnia 20 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S&A Service Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i WPO ALBA Spółkę Akcyjną we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową 4213 we Wrocławiu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, VACO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, A..... W....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHE „WIRGA” A..... W..... w Brzegu**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Jednostce Wojskowej 4213 we Wrocławiu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, VACO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, A..... W....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHE „WIRGA” A..... W..... w Brzegu**, do złożenia – na podstawie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami) – wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową we Wrocławiu**
i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **S&A Service Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i WPO ALBA Spółkę Akcyjną we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Jednostki Wojskowej 4213 we Wrocławiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S&A Service Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i WPO ALBA Spółki Akcyjnej we Wrocławiu** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 we **Wrocławiu**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa 4213 we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi kompleksowego utrzymania czystości i odbioru odpadów z kompleksów wojskowych administrowanych przez JW 4213 (teren garnizonu Brzeg) w latach 2014-2015.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zmianami), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 6 grudnia 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S&A Service Sp. z o.o. we Wrocławiu i WPO ALBA Spółkę Akcyjną we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy działającego jako konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, VACO Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 44, 50-457 Wrocław, P.H.U. WIRGA ul. 1 Maja 7, 49-305 Brzeg z postępowania i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej mimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie zaniechanie wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym odwołujący wnieśli o nakazanie zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., VACO Sp. z o.o., P.H.U. WIRGA

- nakazanie ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o., VACO Sp. z o.o. P.H.U. WIRGA jako zawierającej rażąco niską cenę, względnie wezwania przedmiotowego konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie

- odrzucenie oferty Konsorcjum Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w razie gdyby wezwany wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

- dokonanie wyboru oferty odwołujących, jako najkorzystniejszej w postępowaniu

W uzasadnieniu odwołujący podnieśli, że w dniu 26 listopada 2013 r. zamawiający, w formie faksu, ich o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o dzielenie zamówienia publicznego działających jako Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 we Wrocławiu, VACO Sp. z o.o. ul. Dąbrowskiego we Wrocławiu, P.H.U WIRGA, ul. 1 Maja 7 w Brzegu (dalej: „Konsorcjum Impel” lub przystępujący).

W ocenie odwołujących wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę. Została błędnie skalkulowana, co grozi tym, iż w przyszłości zamówienie nie zostanie zrealizowane, bowiem konsorcjum Impel wykonywałoby zamówienie poniżej kosztów wytworzenia usługi np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia.

Zaproponowana przez konsorcjum Impel cena kształtowała się na poziomie zaledwie 68% wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na kwotę 1.9479.66,02 zł brutto. W ocenie odwołujących jest to wartość nierealistyczna i w przedmiotowej sprawie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny. Cena ofertowa Konsorcjum Impel za realizację przedmiotu zamówienia jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, a przede wszystkim nieadekwatna w stosunku do wymagań zamawiającego, natomiast zaniechanie jej wyjaśnienia stanowi rażące naruszenie dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

W ocenie odwołujących możliwości obniżenia ceny usługi są znacząco ograniczone. Wykonawcy mogą rywalizować pomiędzy sobą wartością marży, nie jest jednak możliwe obniżenie w ten sposób ceny o 32%, ponieważ całkowite marże w przypadku tego typu usług nie przekraczają zwykle kilku procent. Domniemać należy, iż przedmiotowa usługa została skalkulowana poniżej kosztów własnych i bez uwzględnienia zysku.

W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że oszacował wartość zamówienia zgodnie z przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie średnich cen z lat

ubiegłych zaproponowanych przez wykonawców realizujących usługi w przedmiotowym zakresie, powiększone o planowany okres realizacji usługi (2 lata) oraz zakładany 10% wzrost inflacji. Stwierdził, że cena przystępującego jest tylko o 26,45% niższa od wartości szacunkowej oraz o 32,38% niższa od wartości przydzielonych środków brutto. Koszty ponoszone przez zamawiającego na podstawie wcześniej zawartych umów nie mogą przesądzać o tym, że musi on zawierać umowy z wykonawcami oferującymi wysokie ceny tylko dlatego, że działając zgodnie z przepisami oszacował wartość zamówienia na wysoką kwotę. Przeczyłoby to naczelnemu celowi systemu zamówień publicznych, jakim jest uzyskiwanie jak najlepszej jakości zamówienia za jak najniższą cenę.

Zamawiający stwierdził, że przeanalizował cenę zaproponowaną przez przystępującego i nie uznał jej za rażąco niską. Podniósł, że odwołujący w odwołaniu nie wskazał na okoliczności, które miałyby uniemożliwić przystępującemu realizację zamówienia.

Według zamawiającego nie można założyć, że cena w ofercie przystępującego jest nierealistyczna i nierynkowa, tym bardziej, że przystępujący wykonywał w roku poprzednim dla zamawiającego usługę tego samego rodzaju na tym samym terenie i została ona wykonana prawidłowo, w sposób rzetelny, terminowy. Zamawiający nie naliczył żadnych kar umownych z tytułu wykonania usługi. Gdyby realizacja zamówienia była nieopłacalna, wykonawca nie podjąłby się tego zadania po raz kolejny. Firma Impel ponadto posiada ugruntowaną pozycję rynkową w usługach porządkowych. Jako firma o zasięgu krajowym w swojej działalności uzyskuje wysokie rabaty na dostawy środków czystości i chemii gospodarczej. Dodatkowo posiada status zakładu pracy chronionej, stąd jej tańszy dostęp do rynku pracy.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła: 1.947.966,02 zł brutto

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty:

1. Oferta nr 26085/13: Konsorcjum: IMPEL CLEANING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław – Lider, VACO Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 44, 50-457 Wrocław, P.H.U. „WIRGA”, ul. 1 Maja 7, 49-305 Brzeg z zaoferowaną ceną brutto oferty za 2 lata (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych): 1 317 244,86 zł (słownie: jeden milion trzysta siedemnaście tysięcy dwieście czterdzieści cztery złote 86/100) – 100 pkt. przy przyjętym kryterium ceny 100%.

2. Oferta nr 26068/13: Konsorcjum: S&A Service Sp. z o.o – Lider, ul. Tyniecka 7, 52-407 Wrocław, WPO ALBA S.A., ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław z zaoferowaną ceną

brutto oferty za 2 lata (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych): 2 257 676,18 zł (słownie: dwa miliony dwieście pięćdziesiąt siedem tysięcy sześćset siedemdziesiąt sześć złotych 18/100) – 58,35 pkt przy przyjętym kryterium ceny 100%.

Zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień w dotyczących elementów zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W dniu 26 listopada 2013 roku poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż w jego ocenie brak było podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny wobec oferty przystępującego. Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku ceny zaoferowanej przez przystępującego istniały podstawy do żądania złożenia przez nich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowana cena, w sposób znaczny odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i ceny drugiego wykonawcy

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... *etc.* Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał na szereg okoliczności, które uzasadniałyby zaoferowanie przez przystępującego ceny na takim poziomie, Izba wskazuje, że są to wyłącznie dywagacje i przypuszczenia zamawiającego, które nie mogą zastępować przeprowadzenia przez niego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ustawy Pzp. To wykonawca winien bowiem wskazać, na podstawie czego mógł obniżyć zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia te są również badane przez innych wykonawców, którzy mogą uznać je za niewystarczające dla wykazania, że cena została obniżona w sposób zasadny i zakwestionować je w drodze wnoszonych środków ochrony prawnej. Jeżeli zamawiający zaniecha przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i sam będzie określał przyczyny zaoferowania przez wykonawców cen na danym poziomie, wówczas uniemożliwi pozostałym uczestnikom postępowania kontrolę podejmowanych przez siebie czynności.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....